

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES

ACTIONS ET OBLIGATIONS

“ EN PORTEFEUILLE ”

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 26 Mai 1908, à 1 heure

PAR

Louis VIOLLET

Président : M. LYON-CAEN, professeur
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
 { *THALLER, professeur*

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUBE

15, Rue Racine, 15

—
1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES

ACTIONS ET OBLIGATIONS

“ EN PORTEFEUILLE ”

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 26 Mai 1908, à 1 heure

PAR

Louis VIOLLET

Président : M. LYON-CAEN, professeur

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
THALLER, professeur



PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Des Actions et Obligations

« en portefeuille »

INTRODUCTION

La spécialité de certaines questions ne permet guère de les résumer en quelques mots. Je voudrais pourtant dans cette courte introduction exposer brièvement l'objet exact de cette étude et les problèmes qu'elle soulève.

La situation que je me propose d'analyser résulte de l'opération suivante : une société fait acheter en Bourse pour son propre compte un certain nombre des obligations qu'elle a émises, ou même se contente simplement d'en prendre directement à son guichet d'émission ; dans certaines conditions très strictes, elle peut aussi agir de même avec ses actions. Ces titres, au lieu d'être annulés, sont conservés par

elle dans son portefeuille et affectés à divers chapitres de l'actif social, plus particulièrement aux réserves, aux caisses des retraites ou de prévoyance, pour servir de placement à leurs disponibilités.

Le but particulier n'est donc point, comme on pourrait le croire, d'amortir une dette. Ce résultat n'est que la conséquence indirecte du rachat ; la société continue au contraire à attribuer à ces titres, sous la forme habituelle d'intérêts, les sommes destinées antérieurement à cet usage et les fait bénéficier des primes de remboursement et des lots pouvant résulter des tirages, comme lorsqu'ils étaient entre les mains du public ; ce qui pourrait faire supposer que leur situation n'a pas été modifiée par cette reprise de la société.

Il s'est pourtant créé une situation toute particulière : on pourrait dire que ces titres n'ont plus que l'apparence d'actions ou d'obligations.

Pendant longtemps on ne s'était point aperçu de cette conséquence que les faits semblaient d'ailleurs si fortement contredire. Le droit demeurait voilé par de telles contradictions extérieures qu'on l'avait perdu de vue. Nul ne songeait à se demander s'il s'agissait toujours de titres véritables, de créances effectives engendrant des droits et des obligations ou au contraire si, les qualités de créancier et de débiteur se trouvant réunies, il ne s'était pas opéré par le fait même une confusion détruisant ces droits.

Les sociétés n'ayant point en vue l'extinction de leur dette, croyaient agir comme de simples particuliers en se servant de leurs fonds disponibles pour acheter leurs propres obligations. Elles se seraient rendu compte de la nature de leur opération, si elles avaient précisé la nature du titre de crédit et délimité d'une façon certaine le domaine de l'obligation. En négligeant de le faire, elles se laissaient indûment grever de charges fiscales qu'elles ne devaient point : il conviendra d'entrer dans quelques détails au sujet de ces divers impôts payés à tort.

Mais auparavant nous tenterons d'établir la situation juridique de ces titres, en recherchant le fondement exact de leur valeur. Un titre de société n'a de valeur que parce qu'il représente l'engagement de la société qui l'a émis. Cet engagement, pour naître aussi bien que pour continuer à subsister, veut la réunion de certaines conditions, sur lesquelles d'ailleurs les théoriciens ne sont point d'accord.

L'école allemande considère surtout dans le titre au porteur sa faculté de transmission rapide ; elle a une tendance à l'isoler du contrat et de la créance dont il n'est cependant que la représentation.

L'école française n'a pas cru pouvoir suivre les Allemands dans des conceptions si osées qu'elles ne demeureraient soutenables qu'à la condition de faire violence à la saine raison. Elle n'a pu aller jusqu'à

admettre qu'un simple morceau de papier puisse être le créancier d'une société. Pour elle la valeur du titre de crédit continue à reposer sur le contrat.

Obligé de suivre la doctrine sur ce terrain de controverses épineuses, j'éviterai autant que possible de me perdre dans ces spéculations de droit pur, que soulève nécessairement toute théorie de l'obligation.

Sans négliger l'utilité de ces discussions dégagées de l'empirisme des faits, la pratique des affaires doit s'appuyer sur les textes précis et les notions exactes fournis par le législateur ; il convient de se garer, à défaut de textes, des conceptions *a priori*. Le droit est une science précise qui tire toute son utilité de sa précision même et souvent une règle ferme vaudra mieux qu'une solution trop subtile.

Je n'aborderai pas inutilement les difficultés théoriques, car ce sujet comporte des aperçus très positifs. Les arguments de la doctrine ne serviront qu'à résoudre ce problème d'une réelle importance : les actions et les obligations « en portefeuille » doivent-elles supporter les différents impôts qui frappent les valeurs mobilières ?

La réponse ne peut être formulée dans des termes identiques pour tous ces impôts, car ils ont chacun leur caractère et leur assiette propre. Pour déterminer quelles raisons doivent les rendre inapplicables à ces titres, il faudra les analyser successivement. La notion de droit dégagée, il nous sera aisé de voir

comment chaque impôt peut se comporter vis-à-vis de titres dépouillés de toute vie juridique.

Mais pour s'assurer que les causes de perception n'existent plus, il ne sera pas inutile en outre de chercher à pénétrer les intentions du législateur, sans négliger la jurisprudence, car en cette matière l'arrêt de Cassation du 6 mars 1895 a définitivement résolu la question en déboutant la Régie de ses prétentions.

Sans doute, par ce côté fiscal, ce travail apparaîtra plus vivant, touchant de près à des réalités très peu négligeables.

Les discussions abstraites sur les principes sembleront alors moins vaines ; elles montreront seulement une fois de plus la connexité inévitable des faits et de la théorie dont les deux domaines doivent sans cesse se pénétrer.

Notre étude se divisera donc tout naturellement en trois chapitres :

Le premier chapitre contiendra l'exposition des faits et l'examen de quelques-uns des cas qui ont déterminé les sociétés à s'attribuer leurs propres titres. La situation particulière du Crédit Foncier y fera l'objet d'un paragraphe spécial.

Dans le chapitre II nous examinerons le point de vue juridique : ayant constaté que le fondement de l'obligation dans le titre de crédit ne peut résider que dans le contrat, il sera aisé de montrer que l'obligation dans notre cas a disparu par l'effet de la confu-

sion ; pourtant les conceptions nouvelles sur le titre au porteur que les Allemands ont cherché à faire prévaloir, ne permettraient guère d'admettre cette idée : nous serons donc conduit à exposer et à discuter brièvement leurs principales théories sur ce point.

Il nous faudra ensuite voir le cas d'obligations, qui n'ayant pu être placées par une société, sont données par celle-ci en nantissement à une autre société.

Nous dirons enfin un mot de ce qui a été édicté au sujet des obligations « en portefeuille » dans les lois ou projets de loi sur les assemblées d'obligataires.

Le chapitre III nous permettra de tirer les conséquences pratiques des principes exposés au chapitre précédent, touchant le paiement des divers droits qui frappent les titres de société : après un rapide aperçu sur la nature de l'intérêt, des primes ou des lots versés à nos obligations, nous passerons en revue successivement l'impôt du timbre, l'impôt de transmission et la taxe de circulation, l'impôt sur le revenu. Le caractère de chacun de ces impôts nous montrera qu'ils sont tous inapplicables aux actions et aux obligations « en portefeuille ».

Si cette étude, malgré ses nombreuses imperfections, conserve quelque intérêt, je le devrai à de nombreux et très précieux conseils.

Je tiens particulièrement à témoigner ma gratitude à M. Lyon-Caen, membre de l'Institut, doyen de la

Faculté de Droit, dont les bienveillants avis ont été pour moi d'une si haute utilité.

Je n'ai pas rencontré un moindre empressement autour de moi à la Compagnie de Paris-Lyon-Méditerranée ; ma tâche en a été singulièrement facilitée : je ne saurais trop remercier ici M. de Pellerin de Latouche, administrateur, M. Habert, secrétaire de la Compagnie, M. Goy, chef du Contentieux des titres, M. Bezard-Falgas, chef-adjoint du Contentieux des titres, M. de Chaudesaigues de Tarrieux, chef de la division du Mouvement des titres et M. Renaud, inspecteur du service de la Comptabilité générale et des Finances.

CHAPITRE PREMIER

Pourquoi cette étude ? — Les faits

Possibilité pour une société d'acheter ses propres obligations et de les conserver en portefeuille.— *Quid* pour les actions ? — Diverses causes de cet achat. — Affectation de ces titres à des services dépendant directement de la société : Caisses des Retraites ou de Prévoyance, Réserves, etc. — Obligations du Crédit Foncier.

Si, comme certaines législations étrangères, la loi française interdisait l'achat de ses obligations par la société qui les a émises, cette étude perdrait la plus grande part de son intérêt.

Mais le doute ne peut guère exister sur le droit des sociétés à rentrer en possession de leurs obligations. Dans leur *Traité de Droit commercial*, MM. Lyon-Caen et Renault s'expriment fort nettement sur ce point. « Il n'y a rien d'illicite, disent-ils, pour une société, à acheter ses propres obligations (1). »

En effet, en agissant ainsi, elle ne fait que se libérer de sa dette et, sauf le cas où le terme a été stipulé en faveur du créancier ou dans des conditions parti-

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, t. II des Sociétés, n° 888.

culières, c'est incontestablement le droit du débiteur de rembourser les sommes empruntées quand bon lui semble.

Dans un moment de crise, cet achat sur un marché public peut permettre d'arrêter l'effondrement des cours, qui risquerait d'avoir une répercussion fâcheuse sur la marche des affaires sociales. Toute société peut le faire.

Voici en effet comment s'exprimait le rapporteur du projet de loi des sociétés adopté par le Sénat le 29 novembre 1884 : « Le projet de loi ne parle pas de l'achat des obligations (par les sociétés qui les ont émises) ; c'est dire qu'il ne l'interdit pas, malgré l'exemple donné par quelques lois étrangères (1). Comment empêcher un débiteur d'éteindre son passif même avec son capital ? Du reste, les obligations prêtent bien moins que les actions à la spéculation (2). » Cette dernière phrase laisserait supposer que le droit reconnu aux sociétés en ce qui concerne leurs obligations, leur serait refusé pour les actions.

Notre législation n'impose pourtant point cette solution de façon absolue :

Nul doute lorsque l'achat d'actions est fait avec le capital social ; cet achat est contraire aux règles du Code de commerce et de la loi du 24 juillet 1867, car il enlève aux créanciers une partie du gage sur lequel

1. Voir notamment le Code portugais (art. 98, § unique).

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 888, note.

ils ont le droit de compter. L'opération doit donc être déclarée nulle, et lors d'une liquidation ou d'une faillite, l'on pourrait contraindre les administrateurs à rapporter l'argent des actions rachetées. C'est particulièrement dans ce cas que toute réduction clandestine du capital est prohibée.

Mais doit-il en être de même lorsqu'une société tente l'opération au moyen de ses bénéfices ou de ses réserves (réserve légale ou extraordinaire constituée précisément en vue de l'amortissement). Il n'existe plus alors de prohibition légale. Cet achat n'est contraire à aucune règle générale régissant les sociétés par actions et il n'est point contraire aux intérêts des tiers dont le gage n'est pas compromis (1). C'est un moyen pour la société de procéder à l'amortissement de ses actions, sans avoir recours au remboursement par tirage au sort, qui peut dans certains cas être pour elle plus gênant et plus onéreux. Le rachat peut s'effectuer avantageusement en cas de baisse au-dessous du pair. Ce procédé constitue même un avantage pour les actionnaires qui restent, lorsque les actions achetées ne sont point remises en circulation (2).

Les sociétés peuvent employer à cette opération

1. *Répertoire du Droit français* de Fuzier-Herman, 1904, t. XXXIV, n^{os} 4629 et suiv.

2. Caen, 11 mai 1880 et Paris, 4 fév. 1881. S. 82. 2. 121.

les sommes destinées à leurs fonds de réserves comme celles provenant de leurs bénéfices. En effet, si la loi oblige les sociétés anonymes à constituer un fonds de réserve (art. 36, loi du 24 juillet 1867) elle n'en détermine pas l'emploi et par conséquent ne prohibe point l'achat des actions opéré en Bourse à l'aide de ce fonds de réserve, bien moins encore naturellement celui des obligations.

Mais s'il n'y a légalement aucune différence à ce point de vue entre les actions et les obligations, il n'en demeure pas moins qu'en fait la société pourra, à l'aide de ces sommes, être tentée de spéculer sur ses actions ; pour ses obligations au contraire le danger n'existe guère, les fluctuations de leurs cours n'étant jamais que fort limitées.

D'ailleurs une hausse ou une baisse artificielle des cours, facile à réaliser sur les actions, présentera toujours pour la société un intérêt plus direct et risquera par là même de tromper davantage le public sur l'état des affaires.

C'est ce grave inconvénient que plusieurs législations étrangères ont cherché à prévenir en inscrivant dans leurs lois des dispositions contre le rachat des actions.

On peut citer la loi belge du 18 mai 1873 dans son article 134 modifié par la loi du 22 mai 1886 ; le Code allemand (art. 215 *d*) ; le Code hongrois (art. 161) ; le Code de commerce italien (art. 144) ; le Code suisse

(art. 628) ; le Code portugais (art. 169, § 2) ; le Code espagnol (art. 166) (1).

Rien de semblable n'existe encore pour la France et en l'absence de prohibition inscrite dans la loi, il paraît impossible d'annuler le rachat des actions fait incontestablement avec les bénéfices acquis ou les réserves.

Tout au plus, d'après certains auteurs, les administrateurs ou les gérants s'exposeraient-ils à un recours en responsabilité si les titres rachetés, en vue de soutenir les cours ou parfois même de provoquer une hausse factice, subissaient par la suite une baisse plus ou moins considérable.

Mais il en serait tout autrement si la société rachetait ses actions par voie de prélèvement sur son capital. Il y a là une réduction du capital social qui ne peut avoir lieu valablement qu'autant que cette réduction a été régulièrement autorisée par une assemblée générale délibérant dans les conditions de l'article 31 de la loi de 1867 (2).

L'achat des actions, possible seulement à des conditions très strictes, doit donc demeurer une exception. Il n'en est pas de même des obligations dont l'achat peut offrir pour la société un intérêt évident : ce sera souvent un mode d'amortissement avantageux que peuvent prévoir les statuts ; c'est égale-

1. Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n^{os} 880 à 887.
2. Fuzier-Herman, *op. cit.*, t. XXXIV, n^o 4629.

ment une clause devenue fréquente dans les concordats octroyés aux sociétés dont les titres ont subi une forte baisse.

Mais il se peut aussi que le but visé ne soit pas la réduction de la dette sociale : une compagnie de chemins de fer par exemple, qui émet des obligations « à robinet ouvert », doit s'efforcer, même lorsque la nécessité d'emprunter est plus pressante, de maintenir le plus haut possible les prix de son émission ; moins l'écart avec le prix nominal sera grand, plus la prime à rembourser sera faible et l'emprunt réalisé à un taux avantageux.

Mais le cours d'émission doit inévitablement suivre celui de la Bourse. La compagnie ne peut le relever arbitrairement, si elle veut conserver à l'émission directe les avantages qu'elle présente sur l'emploi de l'agent de change : frais de courtage évités, certificats nominatifs délivrés sans avoir à payer les droits de transmission de 0,50 o/o, possibilité d'avoir des séries d'obligations dont les numéros se suivent.

Le relèvement de l'émission ne sera donc possible que si les cours du marché sont élevés : les achats que la société pourra faire en vue de placer les fonds de ses caisses, contribueront sans inconvénients à cet effet. Celles-ci y trouveront une sûreté au moins égale à celle que leur offriraient des placements en obligations ou actions d'autres sociétés, en immeubles et en hypothèques. Elles ne peuvent guère

que bénéficier de cette opération qui est également utile aux intérêts directs de la société, sur laquelle retomberaient d'ailleurs les charges provenant d'une mauvaise administration de ses caisses : les actionnaires comme les obligataires ne peuvent s'en plaindre.

Néanmoins les sociétés se contentent parfois de prendre directement leurs obligations à leur guichet d'émission. Un simple virement d'écriture suffit alors pour faire passer les fonds d'un compte à un autre compte et la société prélève sur son stock à émettre, pour ces services particuliers (réserves, caisses des retraites, etc.), des obligations non encore détachées de la souche.

Cette seconde manière d'agir est-elle légitime ?

Dans ce cas, la société s'attribuant des obligations nonencore souscrites, il n'existe point de tiers créancier vis-à-vis d'elle, il ne s'agit même plus d'un débiteur se libérant de sa dette : ce n'est plus qu'une opération de comptabilité, qui a simplement pour effet de diminuer de la somme affectée à ce placement la valeur totale de l'emprunt voté par l'assemblée générale. Le nombre d'obligations à émettre dans le public se trouve diminué de toutes celles affectées au compte de la société, et la somme à emprunter est naturellement réduite dans la même proportion.

Mais la société est certainement libre de ne deman-

der au public que les sommes qu'elle juge utiles à la bonne marche de ses affaires. Il suffit que les administrateurs ne fassent rien qui ne soit conforme aux statuts ou aux mandats qu'ils ont reçus de l'assemblée.

Les souscripteurs des autres obligations ne sont laissés en quoi que ce soit et ne sauraient se plaindre de cette façon de faire. Leur chance de remboursement reste identiquement la même ; les tableaux d'amortissement ne s'en trouvent nullement modifiés, et la proportion des titres à rembourser demeure invariable. En dehors des raisons de comptabilité qui font qu'une société préfère parfois prendre ses obligations directement à ses guichets au lieu de les faire acheter en Bourse (par exemple afin d'épuiser une série⁽¹⁾), en fin d'émission, ce qui permettra de la liquider avec l'exercice en cours, et facilitera le calcul du prix moyen d'émission,) elle y trouvera toujours l'avantage d'éviter les frais que nécessiterait l'intermédiaire de l'agent de change.

Une société peut donc, nous venons de le voir, s'attribuer légitimement ses propres obligations, nous avons même entrevu l'intérêt qui pouvait la pousser à cette opération. Mais nous ne comprendrons bien les raisons de cette pratique qu'en examinant plus à

1. Les compagnies de chemins de fer et les sociétés qui font des emprunts importants et ininterrompus ont l'habitude de diviser leurs emprunts en séries de plusieurs milliers d'obligations.

fond quelques-uns des cas qui ont conduit les sociétés à user de ce mode de placement.

Il s'agit le plus souvent d'utiliser des fonds qui appartiennent en propre à la société, dont elle a la libre gestion, mais qu'elle ne fait pas rentrer dans le compte général de l'entreprise : elle juge utile ou nécessaire de les inscrire à des comptes séparés, parce qu'ils sont destinés à assurer des services spéciaux dont le budget est alimenté par certaines ressources déterminées, uniquement affectées à cet usage. C'est ce que feront mieux comprendre les exemples suivants :

I. — *Fonds destinés à l'entretien des embranchements de la guerre et des bancs militaires*

Sous cette rubrique les compagnies de chemin de fer inscrivent à un compte particulier les sommes versées par l'Etat entre leurs mains en vue d'assurer l'entretien de divers services nécessaires à l'armée. Ce sont entre autres des embranchements purement stratégiques que le département de la Guerre fait construire sur certains réseaux, ou les bancs militaires dont il peut requérir l'installation à un moment donné dans les wagons à marchandises, pour le transport des troupes ; ces différents services sont installés aux frais de l'Etat qui verse en outre

aux compagnies le capital nécessaire à leur entretien.

Afin de ne pas laisser ces sommes improductives, certaines compagnies, comme c'était leur droit, ont jugé bon de les placer dans leur propre entreprise et pour ne pas leur attribuer un intérêt arbitraire, elles ont trouvé plus juste de les soumettre, tant au point de vue des intérêts qu'à celui de l'amortissement, aux mêmes conditions que les capitaux qui leur sont prêtés par des tiers.

C'est ce qu'elles ont réalisé en prélevant pour ce compte spécial un certain nombre d'obligations sur le stock qu'elles avaient à émettre, obligations représentant la somme qui leur était payée de ce chef par l'Etat. Il n'y a donc là qu'un placement d'argent purement fictif : la compagnie est seule dans cette opération où elle joue à la fois le rôle de prêteur et celui de débiteur : c'est elle-même qui devient titulaire de ses propres obligations.

II. — *Masse d'habillement*

Certaines compagnies exigeaient de leurs agents un premier versement au moment de leur entrée en fonction et opéraient plus tard des retenues mensuelles sur leur traitement en vue de faciliter l'acquisition et le renouvellement de leurs uniformes.

Ces fonds étaient inscrits en compte courant au nom de chaque agent. Ces différents comptes individuels, crédités des sommes retenues et débités de la valeur des effets livrés, formaient un compte général figurant dans les écritures sous le titre de *Masse d'habillement*. Comme tout détenteur de fonds déposés en compte courant, les compagnies, bien que responsables personnellement de ces fonds, pouvaient, sans nul doute, en disposer à leurs risques et périls.

Tant que ce système a été en vigueur, on a affecté à la représentation de ces fonds un nombre correspondant d'obligations prélevées sur le stock avant toute émission.

La masse d'habillement ne constituait évidemment pas un être moral : simple compte particulier dans les écritures de la compagnie, elle ne jouissait d'aucun des droits attachés à la personnalité et ne pouvait revendiquer la propriété de ces obligations.

Chaque agent individuellement n'était pas davantage qualifié pour en réclamer la propriété : le seul droit que l'on pût leur reconnaître était d'exiger de la compagnie le remboursement des sommes déposées entre ses mains et dont celle-ci pouvait user à son gré.

Cet exemple marque d'une façon plus précise le caractère purement comptable de cette affectation.

III. — *Réserves statutaires et extraordinaires*

Ces fonds constituent plus particulièrement le portefeuille des sociétés et leur appartiennent sans conteste. Une société qui affecte à ce chapitre de son patrimoine des obligations émises par elle, achète dont celles-ci à coup sûr, pour son propre compte.

En acquérant ces obligations, elle n'a en vue que l'utilisation de capitaux provenant directement de son entreprise et destinés à être mis en réserve.

Ces sommes ne peuvent rester improductives et il faut craindre également le danger de placements hasardeux ou instables. On évite ce double inconvénient en laissant ces capitaux dans l'entreprise elle-même sous forme d'apparence d'obligations et en leur servant les intérêts et les avantages ordinaires réservés aux autres obligations. Peu importe d'ailleurs que ces titres ne soient jamais sortis des mains de la société, n'aient été l'objet d'aucune émission ou au contraire proviennent d'achats en Bourse, leur situation ne s'en trouve pas modifiée. Ils ne figurent plus que pour ordre dans les écritures de la société et y représentent les sommes affectées aux réserves. Ce mode d'utilisation des réserves, souvent avantageux, n'a certainement rien d'illégal. C'est l'opinion formelle de M. Thaller qui dit « qu'une société peut racheter ses obligations... le rachat pouvant constituer selon

les cas soit *un mode d'alimentation des réserves*, soit une extinction desdites obligations avant qu'elles n'aient été désignées par un tirage au sort » (1).

Il peut arriver que quelque-uns de ces titres rentrés en portefeuille et affectés à ce chapitre ne proviennent pas directement de la Bourse ou du guichet de l'émission.

Ce sont par exemple des titres remboursés par erreur et que la société s'est trouvée obligée de racheter au taux de remboursement ; elle ne pouvait le faire qu'à l'aide de fonds provenant de ses disponibilités et elle a dû faire rentrer ces obligations dans son portefeuille.

La Compagnie des chemins de fer de Lyon a procédé de même pour pouvoir réaliser l'opération suivante : il s'agissait de fusionner avec cette Compagnie différentes autres Compagnies secondaires, celles du Dauphiné, de Lyon à Genève, les Chemins de fer algériens.

L'équivalence des actions de ces sociétés avec les titres de la Compagnie de Lyon ne pouvait être complète : il a donc fallu les échanger contre des obligations P. L. M. 3 o/o dans des proportions qui donnaient lieu à des fractionnements de ces mêmes obligations : 1 obligation 2/3 par action du Dauphiné

1. Thaller. *Droit commercial*, 3^e éd., 1904, n° 667.

ou de Lyon-Genève, 5/12 d'obligation par action de la Compagnie algérienne.

La Compagnie, n'ayant pas cru devoir créer matériellement de fraction d'obligations, a proposé aux anciens actionnaires soit de leur vendre les tiers ou les douzièmes nécessaires pour compléter une obligation, soit de leur racheter les fractions auxquelles ils avaient droit. Ces achats furent faits avec ses fonds disponibles ou réservés et en fin d'opération elle s'est trouvée avoir en tiers et en douzièmes la valeur d'un certain nombre d'obligations.

Elle s'est alors attribué pour ordre, en représentation des capitaux affectés à cette opération, un même nombre d'obligations prélevé sur le stock des titres qu'elle avait à émettre.

Cette même Compagnie a dû agir de façon analogue dans le cas suivant : émettant successivement des titres de différentes natures, elle s'est trouvée à un moment dans l'impossibilité de réfectionner les titres abimés d'une émission ancienne : elle ne possédait plus de feuilles en blanc de même nature. Elle a alors conservé ces obligations détériorées et a délivré en échange des obligations en cours d'émission. Elle a ainsi retiré de la circulation un certain nombre d'obligations qu'elle a fait entrer dans son portefeuille, en prélevant sur ses disponibilités une somme suffisante pour en payer le prix au taux d'émission des valeurs en cours. Elle a agi dans cette

circonstance comme si elle avait prélevé pour son usage un certain nombre des obligations du stock, en utilisant des sommes de réserve qu'elle versait ainsi dans son entreprise : puis, par suite d'échange, ce sont les obligations abimées qu'elle a fait rentrer dans son portefeuille.

Mais il n'en est pas moins certain que, dans ces différents cas particuliers, les obligations rentrées ou demeurées en possession d'une société ne sont encore que la représentation pour ordre de capitaux qui lui appartenaient en propre. Elles constituent donc sa propriété personnelle au même titre que les obligations non émises ou rachetées pour l'emploi direct des fonds de réserve. Dès l'instant qu'aucun des fonds spéciaux auxquels elles sont attribuées, n'a de personnalité civile, elles sont la propriété exclusive de la société, et les conséquences fiscales que nous pourrions déduire de ce fait doivent sans conteste s'appliquer à toutes ces obligations, sans la moindre différence entre celles qu'une société a volontairement fait rentrer dans son portefeuille et celles qu'elle a dû reprendre pour assurer la bonne marche de ses services.

IV. — *Caisses des retraites, de secours et de prévoyance.*—*Fondations en faveur des employés*

La plupart des grandes sociétés prélèvent sur leurs

bénéfices certaines sommes destinées à assurer à leurs agents soit une retraite, soit des secours en cas d'accidents ou de maladies. A ces fonds s'ajoutent le plus souvent des retenues opérées sur le traitement des agents et fréquemment aussi certaines fondations dues à des donateurs généreux. Que font les sociétés qui utilisent une partie de ces différents fonds en achats de leurs obligations ou en prélèvement de titres à leurs guichets d'émission ?

Est-ce là, comme dans les exemples précédents, une simple opération de comptabilité réalisée par la société pour elle-même, ou au contraire les caisses, en faisant ces achats, agissent-elles comme de simples particuliers souscrivant à un emprunt ou passant un ordre à leur agent de change ?

Ce problème ne peut être résolu qu'en étudiant la constitution et les statuts de chaque caisse en particulier. Si elles émanent de la société elle-même, si elles n'ont pas été reconnues comme établissement d'utilité publique en vertu d'un décret du chef du pouvoir exécutif, après avis du Conseil d'Etat (art. 5, § 4, décret du 21 août 1872), elles n'ont aucune personnalité distincte de la société. Il n'y a pas de différence à établir entre elles et n'importe quel service dont la société a la charge. Sans existence propre elles ne peuvent par elles-mêmes ni posséder, ni acquérir. Elles font alors corps avec la société dont elles dépendent, qui seule est responsable du service des pen-

sions de retraite et serait seule poursuivable devant les tribunaux, en raison des engagements quelle aurait pu contracter de ce chef avec son personnel.

Les achats faits en vue du placement de leurs fonds ne sont donc pas une opération qui leur soit propre. La société agit seule pour son compte.

Il n'y a pas à distinguer à ce point de vue entre les caisses de retraites proprement dites et les fondations, qui n'ont, dans notre droit, aucune personnalité morale en dehors d'une concession du pouvoir exécutif. Si celle-ci n'a pas eu lieu, leur seule personnalité est celle de l'établissement auquel elles sont attribuées, c'est-à-dire la société commerciale elle-même.

La loi du 29 juin 1894 permet aux exploitants de mines de créer des caisses de retraites indépendantes : celles-ci ont dans ce cas une personnalité juridique propre.

Mais c'est là une exception créée par la loi. Le plus souvent les caisses de retraites ne sont qu'une des branches des services sociaux : un compte spécial leur est simplement ouvert, qui ne peut à aucun titre entraîner une personnalité distincte (1). C'est une pure affectation d'ordre intérieur et les certificats nominatifs qu'une société fera établir en représentation de titres attribués à ces caisses, seront immatriculés au nom de la société avec un sous-titre indi-

1. Arrêt. Cass. civ., 6 mars 1895. S. 97. 1. 193.

quant seulement leur affectation spéciale, tel que : Compagnie du gaz (caisse des retraites). En cas de changement d'immatricule portant sur ces comptes particuliers, c'est-à-dire sur le sous-titre d'un certificat, un simple tranfert d'ordre devra suffire (1).

Une caisse des retraites n'est donc autre chose qu'une réserve spéciale dont la propriété appartient à la société au même titre que tous les fonds qu'elle affecte à des destinations particulières.

Cela n'enlève nullement aux agents le droit incontestable qu'ils peuvent avoir et que la compagnie est tenue de respecter, qu'elle méconnaîtrait si elle détournait les fonds de leur destination (2).

Mais ce droit n'est pas un droit de propriété. C'est la société seule qui demeure propriétaire des fonds et par conséquent des titres qui les représentent, sous la seule condition de les affecter à l'emploi convenu entre elle et ses agents. Ceux-ci ne peuvent être considérés que comme des créanciers non des services, mais de la société (3). Ils n'ont aucun droit réel soit collectif, soit individuel, mais une simple créance résultant de l'engagement pris par la société, de fournir des subventions auxdites caisses ou de l'obligation

1. V. Bezard-Falgas. *Tr. du Contentieux des transferts*, n° 291.

2. Solution de l'Enregistrement du 30 juin 1886.

3. V. C. Lyon-Caen : les ouvriers et les caisses de secours, de prévoyance et de retraite (*Le Monde Economique*, 1891, 1^{er} semestre, p. 4).

aux versements des dons faits à la société en faveur de ces caisses. Le droit n'est point différent pour les retenues que les agents subissent sur leurs salaires.

L'arrêt de Cassation du 6 mars 1895 refuse d'appliquer l'impôt sur le revenu aux obligations affectées aux caisses des retraites : suivant cet arrêt, le droit de créance d'un agent ne naît pas d'un emprunt, mais des engagements contractés par la société accessoirement aux contrats de louage d'ouvrage intervenus entre elle et ses agents, ou du contrat de dépôt qui s'est formé entre les mêmes parties (1).

Est-ce bien d'un contrat de dépôt au sens habituel de ce mot, qu'il s'agit ici ? La Cour, en employant cette expression, qu'elle trouvait d'ailleurs inscrite dans divers règlements de caisse des retraites, n'a-t-elle pas usé d'un terme commode pour définir le droit assez spécial que peuvent avoir les agents à propos des sommes qu'on leur retient sur leur traitement, sans songer à donner une définition précise de ce droit ?

Est-il possible de trouver dans un acte, plus obligatoire que volontaire pour la partie qui serait censée effectuer le dépôt, les caractères propres à ce contrat ? Pothier le définit « un contrat par lequel l'une des parties (le déposant) donne une chose à garder à l'autre (le dépositaire) qui s'en charge gratuitement

1. D. 95. 1. 265.

et s'oblige de la rendre, lorsqu'il en sera requis » (1).

L'article 1915 du Code civil le qualifie « d'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

Il est hors de doute que notre contrat ne peut rentrer dans la définition du *dépôt nécessaire* qui aux termes de l'article 1949 est « celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage ou autre événement imprévu ».

Reste le *dépôt volontaire*, qui ne peut se former que par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit (art. 1921 du C. civ.) et doit être prouvé par écrit (art. 1923).

Où les employés d'une société manifestent-ils leur intention de constituer entre les mains de celle-ci, le dépôt des sommes qu'elle leur retient obligatoirement sur leur traitement ?

Le fait de consentir implicitement à ces retenues dans le contrat de louage d'ouvrage, n'implique nullement la volonté de les constituer en dépôt.

D'autre part l'article 1932 dit expressément : « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. Ainsi le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur. »

2. V. Planiol. *Tr. élément. de droit civil*, t. II, n° 2204.

Le dépositaire d'une somme d'argent devrait donc non telle quantité d'argent, mais un certain nombre de pièces déterminées. Toutefois le dépositaire peut avec la permission expresse ou présumée du déposant se servir de la chose déposée, même si le dépôt a pour objet des choses fongibles comme de l'argent et présente dès lors toutes les apparences d'un prêt de consommation. Mais dans ce cas l'usage autorisé ne peut être que secondaire et accidentel, l'emploi de la somme ne doit avoir lieu que pendant un délai très court et il faut qu'il soit constant, en fait, que la garde de la chose a été le but principal et déterminant de la livraison qui en a été faite au dépositaire, pour y trouver les éléments du contrat de dépôt.

N'est-il pas manifeste dès lors que les fonds des caisses de retraites, même en ne considérant que ceux qui proviennent des retenues opérées sur le traitement des agents ne constituent pas un dépôt au sens légal de cette expression ? Ce n'est évidemment pas pour lui en confier la garde que les agents les ont laissés entre les mains de la société. Peut-on d'ailleurs prétendre que l'usage qui lui en est concédé, est secondaire et accidentel, quand ces fonds sont destinés à constituer des pensions de retraite et que les statuts eux-mêmes en prévoient le placement dans des conditions déterminées ?

D'autre part, l'article 1944 ne dit-il pas, comme Pothier, que « le dépôt doit être remis au déposant

aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ? » Or les sociétés n'ont jamais reconnu à leurs agents le droit de réclamer leurs retenues, quand il leur plairait, sans rompre leur contrat de louage d'ouvrage. Cette faculté manquant à notre contrat, il ne peut s'agir d'un dépôt véritable.

Il en est ainsi, à plus forte raison, des titres qui sont affectés aux caisses des retraites et qui proviennent de l'emploi tant des retenues opérées sur les traitements que des subventions données par la société. Comment d'ailleurs déterminer pour ces valeurs de placement, la part provenant exclusivement des retenues, dans quelle proportion les achats de titres auront-ils été faits avec les sommes retenues aux agents ou avec les subventions de la société, pour lesquelles il est indéniable qu'il n'y a pas dépôt ?

Ces divers arguments tendent donc à prouver qu'en employant le mot dépôt dans son arrêt du 6 mars 1895, la Cour de cassation n'a point entendu définir de façon juridique et précise le droit des agents sur les fonds provenant des retenues et utilisés par les sociétés.

Il ne peut s'agir d'un véritable dépôt, puisque la Cour, dans ce même arrêt, reconnaît que « les agents de la compagnie n'ont sur ces caisses aucun droit réel soit

collectif, soit individuel et qu'ils sont seulement créanciers de la compagnie... » (1).

Cela n'implique-t-il pas que c'est la compagnie qui est seule propriétaire des fonds de ces caisses et des titres qui les représentent ?

En inscrivant dans leur règlement le mot dépôt les sociétés n'ont certainement pas eu l'intention de lui attribuer son sens juridique. Elles ont seulement voulu indiquer qu'elles prenaient l'engagement de ne pas toucher à ces fonds et à ces valeurs pour d'autres causes que les besoins de la caisse des retraites et le service des pensions. En employant de son côté cette expression, la Cour n'a pas pu songer à lui donner un sens différent, puisque pour elle, pas plus les caisses sans personnalité juridique propre que les agents eux-mêmes, n'ont de droit de propriété sur ces fonds et ces valeurs.

Avant la Cour, le tribunal civil de la Seine, dans son jugement du 18 juillet 1890, avait très clairement exprimé la même opinion dans des termes qui ne prêtaient à aucune équivoque. D'après ce jugement en effet les agents de la compagnie n'ont individuellement ni collectivement aucun droit de propriété, ni même aucun *droit de gage* ou de privilège sur les valeurs alimentant les caisses ; les statuts de ces cais-

1. Cass., 6 mars 1895. D. 1895. 1. 265.

ses ne leur conférant qu'un simple droit de créance.

Il ne peut dès lors subsister aucun doute sur l'opération réalisée par une société qui place ces fonds des caisses de retraites soit en prélèvements sur son stock à émettre, soit en achats de ses obligations opérés en Bourse. Pas plus que précédemment il n'y a là prêt ou emprunt, la société ne pouvant contracter un emprunt vis-à-vis d'elle-même, et c'est encore pour ordre que ces obligations sont attribuées aux caisses de retraites dans sa comptabilité, si toutefois celles-ci n'ont ni existence ni personnalité propre.

V. — *Obligations du Crédit Foncier et de la
Banque Hypothécaire de France*

Le Crédit Foncier, comme la Banque Hypothécaire tant qu'elle eut une existence séparée de celle de ce premier établissement, émet des obligations ou lettres de gage d'un caractère un peu particulier, correspondant au but spécial qu'il se propose. Ces obligations doivent représenter exactement les sommes avancées par lui sur hypothèque ; l'équilibre doit toujours être conservé entre l'argent sorti des caisses du Crédit Foncier et celui représenté par les obligations en circulation. C'est le seul moyen d'assurer à tous les détenteurs de titres une garantie certaine de

remboursement. C'est d'ailleurs ce que le décret-loi du 28 février 1852, concernant les sociétés de crédit foncier, prescrit expressément dans son article 14 : « La valeur de lettres de gage ne peut dépasser le montant des prêts. » Mais ce même décret par son article 10 reconnaît le droit à tout emprunteur de se libérer quand il lui plaît par anticipation, soit en tout, soit en partie. L'article 63 des statuts particuliers du Crédit Foncier reproduit cette clause en disant que les remboursements anticipés pourront être effectués au choix des débiteurs soit en numéraire, soit en obligations foncières appartenant à l'émission indiquée par le contrat de prêt. Et il ajoute que « les fonds provenant de ces remboursements effectués en numéraire seront employés, soit à amortir *ou à racheter des obligations foncières* ou lettres de gage, soit à effectuer de nouveaux prêts ».

L'article 82 ayant prévu que les obligations foncières seront créées sans époque fixe d'exigibilité pour le capital, car il n'est pas possible de prévoir d'avance à quelle somme s'élèveront les libérations anticipées, ajoute qu'elles seront appelées au remboursement par voie de tirage au sort. Chaque remboursement devra comprendre « le nombre d'obligations nécessaire pour opérer un amortissement tel que les obligations en circulation n'excèdent jamais les capitaux restant dus sur les prêts hypothécaires ».

C'est uniquement pour obéir strictement à cette

prescription de ses statuts et du décret que le Crédit Foncier est obligé de racheter ses propres obligations.

Le remboursement par tirage au sort ou celui, peu usité aujourd'hui, réalisé par le débiteur lui-même, se libérant au moyen d'obligations foncières, ne peuvent à eux seuls satisfaire à cette exigence statutaire. D'un autre côté les nouveaux prêts consentis au moyen des fonds disponibles, par suite de remboursements anticipés, ne sont pas forcément suffisants pour l'emploi intégral des sommes remboursées. Le Crédit Foncier se trouve ainsi amené normalement, par le jeu même de son institution, à employer ses fonds disponibles en achats en Bourse de ses obligations.

Il ne les détruit point, pour pouvoir les remettre en circulation par voie de placement à la Bourse, si de nouveaux prêts se présentent, et éviter ainsi la nécessité d'une nouvelle émission publique.

La société pourra aussi placer, en attendant leur emploi définitif, les fonds provenant de l'émission d'obligations foncières, en obligations de l'emprunt d'où ils sortent ou de tout autre de ses emprunts (art. 76 des statuts).

Que le Crédit Foncier prenne, comme dans ce dernier cas, ses obligations à ses propres guichets ou qu'il les achète en Bourse, il n'a jamais d'autre but que de rétablir constamment l'équilibre, qui tend à chaque

instant à se rompre, entre les sommes dont il a besoin pour réaliser ses prêts et les obligations qui les représentent.

Les différents textes que nous venons de citer ne laissent aucun doute sur la parfaite légalité de ce double mode d'opérer.

Jusqu'en 1889 le Crédit Foncier avait laissé figurer sur le bilan ces obligations rachetées avec celles en circulation, et dans la comptabilité elles ne formaient point un chapitre à part.

Mais pour mieux marquer l'intention de la société et faire apparaître plus clairement la réalité des faits, ce système a été modifié : elles ne figurent plus au bilan de la circulation et sont désormais l'objet d'un compte spécial indiquant nettement leur nature particulière, et intitulé : « Obligations rachetées avec les fonds provenant des remboursements anticipés effectués en numéraire. »

Ce n'est pas le fait d'avoir créé ce compte qui peut par lui-même donner un caractère nouveau aux obligations qui nous occupent. Leur nature juridique particulière résulte uniquement du fait qu'elles se trouvent aux mains de la société. Un compte à part permet seulement de les distinguer plus commodément des obligations véritables.

Les explications que nous venons de donner sur les obligations rachetées par le Crédit Foncier s'appliquent pour les mêmes motifs à celles de la Banque

Hypothécaire dont les opérations étaient sensiblement les mêmes et qui, à sa dissolution en 1882, est venue se fondre avec le Crédit Foncier chargé de sa liquidation.

C'est donc cet établissement qui, depuis cette époque et conformément au mandat qu'il avait reçu, a opéré en Bourse le rachat des obligations de la Banque Hypothécaire afin de maintenir l'équilibre entre le montant de ses prêts et le nombre de ses obligations.

Le Crédit Foncier dans cette circonstance opérait non pour son compte personnel, mais pour le compte de la liquidation dont il était chargé. Ceci n'est point douteux et, chaque mois, celle-ci prenait en charge les obligations achetées à son profit, qui rentraient ainsi dans le portefeuille propre à la Banque Hypothécaire. Mais à la différence de celles du Crédit Foncier, ces obligations n'étaient plus jamais remises en circulation ; leur extinction n'était plus temporaire, mais définitive, par suite de la liquidation de la société. En fait ces obligations, rachetées au jour le jour par le Crédit Foncier pour le compte de la liquidation, n'étaient passées au virement de celle-ci que le dernier jour de chaque mois. Ce jour-là seulement le Crédit Foncier était remboursé de ses avances par la liquidation et les obligations annulées par la perforation des coupons et du titre.

Malgré cette façon d'agir, rendue nécessaire par les besoins du service, rien ne faisait supposer que le Cré-

dit Foncier achetait les obligations de la Banque Hypothécaire pour son propre compte. Elles ne figuraient quelque temps dans ses écritures que par nécessité, pour remplir son mandat de liquidateur. Mais dès le jour du rachat opéré par le Crédit Foncier, ces obligations appartenaient à la liquidation de la Banque Hypothécaire et non au Crédit Foncier et leur situation juridique se trouvait dès lors de même nature que celle que nous venons d'étudier.

Telle est la situation de fait qui n'a pas, comme nous avons pu le constater, une cause unique. Les différents cas passés en revue aboutissent tous néanmoins à cette anomalie d'une société gardant pour son propre compte dans ses caisses une partie des titres qu'elle avait émis, en leur conservant même toutes les apparences de vie dont jouit le titre resté entre les mains des tiers.

CHAPITRE II

Le Droit

Conséquences juridiques du rachat sans annulation. — Confusion. Ses effets. — Peut-elle avoir lieu pour les actions? — Etude succincte du titre au porteur. — Théories allemandes. — Titres remis en nantissement. — Assemblées d'obligataires.

Le but ordinaire et normal d'une société qui rachète ses obligations ou ses actions est d'amortir sa dette. Dans ce cas le titre est généralement détruit ou tout au moins frappé d'un timbre d'annulation et la question de sa survivance juridique ne peut se poser; cependant, pour la régularité de la comptabilité intérieure et afin de conserver tout son effet au service de l'annuité prévue pour l'amortissement des obligations ou des actions, il peut encore être utile de conserver à ces titres déjà éteints, une existence fictive jusqu'à leur tirage au sort.

Mais lorsque la société enferme simplement le titre racheté dans ses caisses avec l'intention possible de le remettre en circulation, la question est singulièrement plus délicate. On ne peut lui contester ce droit de les remettre en circulation, puisqu'en agissant

ainsi, elle n'emprunte pas au-delà de ce qui a été voté par l'assemblée des actionnaires : elle est donc dans son droit et il n'y a point là de nouvel emprunt. C'est d'ailleurs le mode d'opérer de n'importe quelle banque d'émission, qui a dû rembourser une partie de ses billets pour restreindre momentanément les limites de sa circulation. C'est également l'usage courant du Crédit Foncier dont les obligations rachetées font tous les jours l'objet de ventes ou d'arbitrages (1).

Mais quelle est la situation de ce titre, tant qu'il demeure entre les mains du débiteur ? Matériellement il subsiste. Bien mieux il est, comme nous l'avons vu affecté le plus souvent à des services spéciaux, tels que les caisses des retraites ou la réserve des actionnaires, qui, bien que sans personnalités distinctes de celle de la société, n'en laissent pas moins subsister un certain doute sur le véritable propriétaire.

Ces obligations conservent toutes les apparences du titre ordinaire et la société continue à leur attribuer les mêmes avantages que précédemment. En quoi diffèrent-elles donc de celles qui sont de meurées entre les mains du public ? Ne sont-elles pas possédées légitimement et ce fait ne doit-il pas suffire à les faire bénéficier des mêmes droits que tout autre titre de crédit ?

Cette similitude apparente avec le titre ordinaire

1. V. Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. I, n° 758

était si forte que les sociétés se méprirent longtemps sur le véritable caractère de ces obligations et que la jurisprudence mit un certain temps à définir d'une façon complète leur situation juridique vraie.

Pour arriver à la solution de ce problème, il importe de ne point confondre le titre lui-même, simple feuille de papier et les droits représentés par ce titre. Il ne faut pas se laisser abuser par le sens du mot *obligation* qui s'applique tantôt au titre, tantôt au droit.

Dans son article 1101, le Code civil s'exprime ainsi : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes *s'obligent envers une ou plusieurs autres*, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » Et plus loin l'article 1126 ajoute : « *Tout contrat a pour objet une chose* qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. » Et l'article 1131 : « L'obligation sans cause... ne peut avoir aucun effet. »

Une obligation suppose donc un créancier et un débiteur, c'est-à-dire deux personnalités distinctes. « C'est un rapport juridique entre deux personnes dont l'une est le créancier et l'autre le débiteur » (1), dit M. Planiol dans son traité. De plus il faut un objet qui soit la cause du lien de droit. Dans l'acception plus spéciale du mot obligation, cet objet est une

1. Planiol, *Tr. él. de droit civil*, t. II, n° 175.

somme d'argent prêtée : l'emprunteur s'engage à rembourser le capital dans des conditions et un délai prévus à l'avance et moyennant un intérêt stipulé au profit du prêteur.

Or, dans notre hypothèse, les obligations étant aux mains de la société elle-même, les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne et il se fait une confusion de droit qui éteint la créance et la dette (art. 1234 et 1300 du C. civ.). Il ne peut même plus être question de l'objet d'une obligation qui n'existe plus, car on ne peut pas plus être créancier que débiteur de soi-même.

Vainement objecterait-on que les diverses services auxquels la société peut affecter ses obligations (caisse des retraites, réserves, etc.) constituent des personnalités civiles distinctes de celle de la société et que par suite la confusion de l'article 1300 ne peut pas se produire. Nous savons en effet que la Cour de cassation a formellement décidé que ces affectations ne formaient que des comptes particuliers dont aucun ne constituait un être moral distinct (Cass., 6 mars 1895, S. 1897. 1. 193). Il leur faudrait la reconnaissance comme établissement d'utilité publique pour pouvoir comme la société commerciale elle-même, avoir une existence propre indépendante.

Peu importe, pour que la confusion se produise, que le titre continue d'exister matériellement entre les mains de la société ou qu'elle le détruise : l'exis-

tence juridique de ce titre ne peut survivre à l'obligation qu'il représente.

On peut d'ailleurs remarquer que la confusion n'est pas la seule cause d'extinction. Logiquement on peut soutenir également que la créance est éteinte à la fois par le paiement (art. 1240) et par la remise du titre (art. 1282). Le créancier en effet n'a-t-il pas dans le cas de rachat remis volontairement son titre à la société débitrice qui le lui a payé au cours de la Bourse : c'est un remboursement sous déduction d'un escompte.

Avant d'analyser les éléments divers de cette confusion et de répondre aux objections soulevées par quelques théoriciens, il nous faut savoir si elle peut s'appliquer aux actions comme aux obligations.

Nous avons vu en effet précédemment que dans certains cas le rachat d'actions n'est point illégal et qu'il peut même servir de placement aux réserves d'une société ; auquel cas celle-ci les conserve dans son portefeuille.

La confusion a-t-elle lieu de se produire dans cette hypothèse ? Il semblerait qu'il faille répondre par la négative, puisque l'action est une part de la propriété sociale et qu'on n'aperçoit pas tout d'abord quel contrat peut exister entre l'actionnaire propriétaire et la société elle-même. Il n'apparaît point avec évidence qu'il puisse y avoir pour les actions un créancier et un débiteur.

Ils existent cependant comme dans le cas des obligations, si l'on admet, avec la jurisprudence et la presque unanimité des auteurs, que, durant la société, l'actionnaire a, non pas un droit réel, mais un droit de créance contre cette société.

Depuis un temps immémorial, les sociétés commerciales sont reconnues comme personnes fictives, d'où la conséquence que l'actif social n'est point indivis entre les associés ; il forme une masse distincte qui est réputée un patrimoine ordinaire et est attribuée à l'être fictif appelé société ; le droit des associés n'est plus alors qu'un droit mobilier, même quand la société possède des immeubles ; les créanciers de la société ont pour gage le fonds social à l'exclusion des créanciers personnels des associés, et aucune compensation n'est possible entre ce qui est dû à la société par un tiers et ce qui est dû à ce tiers par un associé ou inversement. Toutes ces conséquences ne définissent-elles pas de façon précise le droit de l'actionnaire ?

Si les sociétés n'avaient pas de personnalité, il ne pourrait exister de doute sur la nature de ce droit : l'actif social étant alors dans l'indivision entre les différents associés, ce ne pourrait être qu'un droit de copropriété, une part dans une masse indivise. Mais si cet actif devient un patrimoine spécial appartenant à une personne fictive qui n'est pas l'associé, quel droit appartient à celui-ci en vertu du titre repré-

sentant sa part sociale ? Pendant longtemps, on a voulu le considérer comme une propriété d'un genre particulier, analogue à ce que l'on appelle les *propriétés incorporelles*. Mais la jurisprudence actuelle et la plupart des auteurs, avec plus de logique, ont pensé qu'il fallait le considérer comme un droit de créance (1).

L'arrêt de la Cour de Paris du 18 août 1881 est fort net à cet égard. Il s'exprime ainsi à propos de parts d'associés dans la Société Hoschedé, Tissier, Bourely et C^{ie} : « considérant que le transport en garantie consenti par Hoschedé... *deses droits dans la Société Hoschedé, Tissier, Bourely et C^{ie} n'a point pour objet un droit réel, mais bien un droit éventuel de créance...* » (2).

C'est également l'opinion de M. Lyon-Caen qui n'hésite pas à propos de ce jugement à approuver la thèse de la Cour de Paris. Pour lui, l'associé est un créancier, qui a en effet le droit de réclamer des dividendes si la société réalise des bénéfices et de prendre part au partage de l'actif social après la dissolution de la société. Mais les biens de la société ne sont la propriété que de la personne morale distincte des associés, ceux-ci ne pouvant qu'exercer un droit de créance.

1. V. Planiol. *Droit civil*, t. II, n° 2004.

2. S. 1882. 2. 25.

M. Beudant, en soutenant que ce n'est ni un droit de propriété ou de copropriété, ni un droit de créance (1) a fait preuve à coup sûr d'une grande subtilité de raisonnement, qui a le défaut de nous laisser dans une incertitude fâcheuse, sans fournir d'ailleurs contre notre théorie des arguments irréfutables.

Quoi qu'il en soit, si l'on admet la théorie du droit de créance, la confusion a lieu de se produire en cas d'achat par une société de ses propres actions. Comme pour les obligations il y a réunion sur la même personne des deux qualités opposées de créancier et de débiteur.

Cette théorie de la confusion s'appliquant à des titres, qui ne semblaient différer en rien de ceux demeurés entre les mains des tiers, a paru, disions-nous, difficile à admettre au premier abord. La jurisprudence a commencé par s'y refuser, en s'attachant non au droit lui-même, mais aux apparences contraires qui lui semblaient en contradiction avec une confusion de droit possible. Dans un jugement du 18 juillet 1890, le tribunal civil de la Seine croit devoir maintenir la taxe d'abonnement au timbre sur une partie de ces obligations, par les motifs que celles-ci continuent à exister matériellement avec une affectation spéciale (il s'agit particulièrement des caisses de retraites).

« La compagnie, y est-il dit, les affecte avec tous

1. *Revue critique de législation*, 1869, t. XXXIV, p. 135.

les avantages que présente ce genre de titres, à une destination particulière. Cette affectation même prouve la permanence des engagements en vue desquels l'impôt a été établi et qui constituent essentiellement l'obligation » (1).

Le tribunal, trompé par la matérialité des faits, oublie de rechercher l'origine du droit de l'obligation, ou plutôt, comme nous le verrons plus loin, il s'égare sur ces origines, ce qui le conduit à parler d'engagements, alors qu'il n'existe plus qu'une seule personnalité et par conséquent pas de contre-partie.

Il montre bien qu'il est surtout guidé dans sa décision par le fait apparent qui lui cache le droit, quand il complète son argumentation en ajoutant : « Les obligations affectées aux comptes spéciaux de la Compagnie de l'Est sont représentées dans leurs caisses par des certificats nominatifs qui constituent de véritables titres : ces certificats sont émargés à chaque échéance trimestrielle des mentions de paiement des coupons » (2).

Croyant avoir affaire à un bénéficiaire véritable de ces obligations, il ne se préoccupe pas de savoir au juste quel il est, et conclut ainsi faussement à la permanence d'un engagement. Si, au lieu de s'en tenir au fait matériel de l'émargement, il avait recherché

1. D. 1895. 1. 266.

2. D. 1895. 1. 265.

la personnalité vraie qui profitait de ces intérêts, il n'aurait trouvé que la compagnie elle-même, aussi bien pour des titres affectés aux caisses des retraites que pour ceux destinés aux réserves.

Ce même tribunal s'est d'ailleurs réfuté lui-même dans un jugement du 17 novembre 1893 (1), et la Cour de cassation a définitivement consacré cette jurisprudence dans son arrêt du 6 mars 1895, en se basant sur le fait que « les caisses constituées par la Compagnie des chemins de fer de l'Est... n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle de cette compagnie, que ne pouvant contracter un emprunt vis-à-vis d'elle-même, celle-ci ne paye pas les intérêts d'un emprunt, quand elle verse les intérêts, les lots et les primes de remboursement de ses obligations aux caisses sus-énoncées, auxquelles elles sont attribuées pour ordre dans sa comptabilité (2). »

C'était donner tort aux prétentions de la régie qui avait cherché à soutenir que la seule rentrée du titre dans les caisses de la société n'entraîne pas une confusion entre le créancier et le débiteur, et que le titre garde son existence juridique. Elle ne consentait à reconnaître l'extinction du titre que lorsque la société le rachetait avec l'intention évidente de l'annuler.

Mais si l'existence matérielle n'avait pas pris fin,

1. Trib. de la Seine, 17. nov. 1893. *Revue de l'enregist.*, n° 736.

2. S. 1897. 1. 193 et D. 1895. 1. 265.

si la société, au contraire, conservait ses obligations momentanément en portefeuille, avec l'intention de les rendre à la circulation, la confusion, disait-elle, n'avait pu avoir lieu, puisque la société n'avait pas eu l'intention d'éteindre sa dette d'une manière définitive (1).

Ainsi, la régie émettait la prétention de décider de l'extinction de l'obligation suivant l'intention présumée de la société, qui soutenait d'ailleurs l'avis contraire. Mais la confusion pour se produire n'a pas besoin de la volonté des parties, elle a lieu d'elle-même, par la réunion sur la même tête de la créance et de la dette.

On peut noter que le fait de la restitution du titre entre les mains du débiteur, suffit à éteindre la créance, sans qu'il soit besoin d'une quittance ; mais cette restitution est nécessaire, car le titre incorporant la créance, dès qu'il est rendu, le créancier ne peut plus faire valoir son droit (2).

D'après certains auteurs, ce serait uniquement dans ce fait que résiderait l'effet précis de la confusion :

Suivant M. Thaller, « elle ne serait pas à vrai dire une cause d'extinction des droits, mais une paralysie temporaire de leur exercice. En fait, la société pourra exercer sur ses actions rachetées les avantages pécu-

1. Solution de l'administration du 30 juin 1886, p. 11 et suiv.

2. V. Wahl. *Tr. des titres au porteur*, t. I, n° 753.

niaires qu'elles procurent, mais elle ne pourra pas exercer d'actes juridiques à leur occasion » (1).

Est-il vraiment légitime de dire que la confusion n'éteint pas l'obligation, devant la précision de l'article 1234 du Code civil qui l'énumère parmi les modes d'extinction des obligations, sans noter la moindre distinction.

Pourtant ce raisonnement, tout empreint du plus pur esprit scolastique, avait déjà été soutenu par Demolombe, qui disait en parlant de la confusion : « Il y a un fait, il y a une impossibilité de fait par suite de laquelle l'action que l'obligation a produite, ne peut plus en l'état, être exercée. C'est donc l'action seulement qui se trouve, en quelque sorte, frappée de paralysie. Ce n'est pas l'obligation qui est éteinte » (2).

Paraphrasant la même idée M. Naquet pense qu'« il n'y a qu'une impossibilité de fait par suite de laquelle le droit, que la créance a produit, ne peut plus en l'état, être exercé, parce que le créancier devenu débiteur ne peut s'actionner lui-même » (3).

On n'aperçoit pas nettement la différence qu'il peut y avoir entre un droit dont l'effet et l'action en justice se trouvent paralysés et un droit éteint, si ce n'est que le premier de ces droits pourra revivre à un moment

1. Thaller. *Droit commercial*, 3^e éd., n° 666.

2. Demolombe. *Traité des Contrats*, t. V. n° 715.

3. Naquet. *Tr. des droits du timbre*, éd., 1894, p. 394.

donné. Mais tout le temps qu'il demeure dans la situation de paralysie, il n'est pas différent d'un droit éteint.

Qualifier de sommeil l'état particulier de ces obligations n'ajoute point à la compréhension de leur situation.

Ces subtilités juridiques sont loin d'ailleurs d'être uniformément admises.

M. Planiol après avoir dit : « La confusion n'éteint la créance que parce que son exécution est désormais impossible » ; et avoir ajouté : « les Romains disaient qu'elle avait plutôt pour effet de libérer le débiteur que d'éteindre l'obligation » (Digeste, liv. LXVI, tit., I, f. 71) conclut par ces mots : « la nuance est bien subtile, si tant est qu'elle soit réelle ». Et plus loin il dit de nouveau : « Point n'est besoin de se perdre là-dessus dans des subtilités incompréhensibles sur l'effet de la confusion : comment concevoir que le débiteur soit libéré sans que l'obligation soit éteinte » (1).

M. Wahl, dans son *Traité des titres au porteur*, s'élève vigoureusement contre les auteurs qui soutiennent que la créance n'est pas éteinte, mais qu'elle est simplement en repos ; il ne veut pas davantage admettre qu'il n'y ait rien d'essentiel à ce que le créancier et le débiteur soient distincts et que la seule solution spéciale au cas où ils se confondent, soit

1. Planiol. *Droit civil*, 1900, t. II, n° 628.

qu'en fait la créance ne puisse s'exercer. « *Il est, dit-il, selon nous, essentiel que le débiteur et le créancier soient distincts, parce que l'obligation est un lien entre deux personnes, et que la raison, plus encore que les principes, s'oppose à ce que l'on soit engagé envers soi-même.* Cette distinction indispensable pour la naissance de l'obligation ne saurait l'être à un moindre degré pour son maintien.

La vérité est donc que la restitution du titre éteint la créance et qu'une réémission fera naître une créance nouvelle » (1).

Le fait de fournir un intérêt à ces obligations, rentrées en possession de la société, ne peut être regardé comme l'exercice d'un droit. C'est un simple fait matériel de comptabilité qui n'implique nullement, comme nous le verrons, que l'on bénéficie d'avantages résultant d'un contrat.

Mais la régie, n'avait pas appuyé son argumentation simplement sur le fait que la confusion ne pouvait se produire par la seule rentrée des titres dans les caisses de la société. D'autres raisons, disait-elle, la rendaient inapplicable aux obligations négociables. Elle faisait valoir que la cession d'une créance au débiteur qui éteint la dette par confusion, anéantit avec elle tous les accessoires, tels que l'hypothèque ou

1. Wahl. *Tr. des titres au porteur*, t. I, n° 761.

autres garanties de paiement qui ne pourraient revivre par une rétrocession ultérieure.

Une société ne pourrait donc revendre ses obligations que dépouillées des garanties antérieures, qui ne sauraient revivre par l'effet de la remise du titre dans la circulation.

Ces raisons paraîtront sans doute un peu trop inspirées par la chicane. D'ailleurs, cette conséquence est loin d'être certaine, car, comme le dit M. Wahl, « aucun principe juridique ne s'oppose à ce que le cautionnement, l'hypothèque, la garantie de l'Etat ou tout autre sûreté soient consentis, non pas seulement jusqu'au moment de l'extinction de la première créance, mais jusqu'au moment de la disparition du titre » (1). Et dans le cas qui nous occupe, telle serait évidemment l'intention des parties.

Mais, d'autre part, l'administration prétendait que l'article 1300 du Code civil ne pouvait s'appliquer aux obligations négociables des sociétés comme aux obligations ordinaires. Elles sont, disait-elle, d'une nature particulière qui n'a pas été prévue par la législation civile, mais est née de la pratique commerciale (2).

Peut-on vraiment songer à refuser à des titres imaginés dans un but de commodité, le bénéfice de la

1. Wahl. *Tr. des titres au porteur*, t. I, n° 763.

2. V. *Dict. Enreg.*, confusion n° 240 rapportant solution du 30 juin 1886.

loi civile, quand ils le sollicitent et que rien n'indique dans leur fonctionnement la volonté de s'y soustraire.

La simplification due au développement des affaires, n'entraîne nullement une différence de principe et la logique ne permet guère de voir dans ces obligations négociables des sociétés autre chose que des obligations ordinaires, ni de les traiter différemment.

L'administration a cependant tenté de faire prévaloir une opinion diamétralement opposée, en s'inspirant des théories allemandes sur le titre au porteur.

La jurisprudence française a paru un moment (jugement du tribunal de la Seine du 18 juillet 1890) se laisser influencer par ces théories. Il nous faut donc les examiner avec attention et tâcher de définir la véritable nature du titre de crédit négociable et de l'obligation.

L'administration précise son opinion en disant : « Ces obligations... ont ceci de particulier qu'elles font titre de la somme qu'elles expriment, non pas au profit de telle ou telle personne déterminée et agréée par le débiteur, mais au profit de quiconque lors de l'échéance du capital ou du paiement des intérêts, justifiera, soit par la possession (titres au porteur) soit par l'inscription sur les registres de la compagnie (titres nominatifs), de la propriété de la créance. Il en résulte que, aussi longtemps qu'elles circulent, et que la société qui les a émises ne leur enlève

pas leur valeur commerciale en les retirant du marché et en les annulant, toute confusion est impossible, car, si le débiteur est connu, la personne du créancier demeure incertaine et ne sera définitivement fixée qu'à l'époque du remboursement.

« En réalité la qualité de créancier ne peut jamais, dans cet état, résider sur la même tête que la qualité de débiteur ; *car elle appartient au titre et le suit dans toutes les mains où il passe.* (1) »

Le tribunal de la Seine, dans son jugement du 18 juillet 1890, semble bien adopter une partie de cette argumentation quand il soutient que la taxe d'abonnement au timbre est due pour tous les titres souscrits par le seul fait de leur souscription et tant qu'ils n'ont pas cessé d'exister. « Attendu, dit-il, que la souscription consiste dans l'engagement que contracte la compagnie de payer un capital et des intérêts soit au porteur des titres, soit au possesseur indiqué par l'immatriculation, que cet engagement n'étant pas pris au profit d'une personne déterminée mais de l'ayant droit à l'obligation à un titre quelconque, l'attribution de celle-ci à un tiers interposé n'est pas indispensable à l'exigibilité du droit. Que ce droit est dû à partir du moment où l'obligation de la compagnie, telle qu'elle vient d'être caractérisée, a

1. Solution de l'Administration du 30 juin 1886, p. 11 et suiv. V. S. 97. 1. 193 note.

pris naissance et commence à produire effet : qu'il est dû tant que cet engagement subsiste » (1).

Nous retrouvons sous l'ambiguïté forcée de cet exposé, la thèse singulière d'un engagement possible sans contre-partie déterminée, d'un contrat qui ne lierait que l'une des parties, puisque l'autre partie n'existerait pas encore au moment de la formation du lien de droit et serait seulement possible, capable de naître ultérieurement.

Le titre au porteur imaginé précisément pour la simplification des transactions ne peut comporter de telles subtilités :

Il a à sa base un contrat formé entre deux personnes, un débiteur et un créancier qui sont aussi nécessaires l'une que l'autre à la formation du droit. Le lien ne se produit qu'autant que les deux personnes existent réellement, avec les deux intérêts opposés qu'elles représentent. Il naît avec elles et s'éteint si l'une des deux vient à disparaître.

On peut dire simplement qu'avec le titre au porteur, la *personnalité matérielle* du créancier peut en effet demeurer incertaine (lorsque le porteur est inconnu de la société), mais non sa *personnalité juridique* qui doit toujours exister d'une façon certaine. Elle seule est utile à la naissance du droit, en permettant au contrat de se former entre deux personnes

1. Tr. de la Seine, 18 juillet 1890. D. 1895. 1. 265.

distinctes ; et si cette personnalité juridique du créancier disparaît, le titre peut subsister : il ne représente plus aucun droit.

C'est aujourd'hui l'opinion de la jurisprudence française qui pendant quelque temps s'était laissée influencer sur ce point par les allemands. Le Code civil allemand a en effet cherché à faire prévaloir la thèse inverse, qui a été soutenue par nombre d'auteurs allemands, parmi lesquels on peut citer Brunner, Siegel, Schweppe, Bekker, Kuntze : le titre au porteur seul créerait l'obligation sans créancier déterminé ; ce titre constate simplement, suivant eux, un engagement pris par un individu dont le nom est jeté sur le marché et cet engagement est pris envers le public, offert à tous (1).

Les différents théoriciens qui croient voir dans le titre lui-même la source du droit, ne sont plus d'accord lorsqu'il s'agit de défendre leur opinion. Plusieurs systèmes ont été soutenus pour justifier cette prétention, qui tous obligent leurs auteurs à faire preuve d'une subtilité plus ou moins hardie.

De tous ces systèmes, le plus audacieux et en même temps le moins défendable juridiquement est celui qui se qualifie de *théorie de la personnification* (*personnikations théorie*) : il prétend donner purement et sim-

1. Saleilles : *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1890, p. 295.

plement la qualité de créancier au titre au porteur lui-même (1). Le possesseur n'a plus droit à la prestation qu'en qualité de représentant, de mandataire du titre, d'intermédiaire entre le titre et le débiteur. Cette théorie du *titre créancier* donnerait des droits à un objet matériel, à un morceau de papier. Elle n'en a pas moins eu des partisans en Allemagne tels que Schewppe et Bekker : ses conséquences heureuses, les facilités qu'elle donnait dans la pratique, l'avaient même fait adopter par la jurisprudence française, qui y voyait une justification de la théorie, alors courante, de l'extinction de la créance par la perte du titre.

C'est elle plus particulièrement que la régie semble invoquer dans son mémoire cité plus haut : elle rendrait naturellement impossible toute confusion entre le débiteur et le créancier tant que le titre subsiste, puisque c'est ce titre lui-même qui serait le créancier. Mais que signifie la conception d'un créancier qui n'est pas un être humain ? « N'est-ce pas, comme on l'a dit, un jeu de mot vide de sens autant que de bonne foi ? » Ou plutôt suivant l'énergique expression de M. Thaller, « la conception d'un débiteur sans créancier est presque un phénomène de tératologie, une monstruosité (2) ? ».

1. Voir Volkmar et Lœwy : *die deutsche Wechsel Ordnung*.

2. Thaller. *De la nature juridique du titre de crédit*, n° 47.

Aussi la majorité des théoriciens allemands ne donnent pas à leur doctrine une forme aussi osée.

Bien que la base de leur argumentation ne diffère pas sensiblement de la précédente, les conséquences qu'ils en tirent sont cependant plus modérées.

La source de l'obligation réside toujours dans le titre lui-même, dans un engagement unilatéral, qu'il soit qualifié de *schuldersprechen* (promesse de dette) ou de *schuldanerkenntungsvertrag* (contrat de reconnaissance de dette), et non dans le contrat qui, suivant nous, doit intervenir nécessairement entre le débiteur et un créancier effectif.

Pour les partisans de la *théorie de l'engagement unilatéral par la création du titre* (*Kreations theorie*) l'obligation naît de la création du titre, sans qu'il y ait encore à ce moment de créancier. Celui-ci n'existera et l'obligation ne produira son effet que si un tiers est saisi du titre. Pourtant jusque-là l'obligation n'en serait pas moins née, mais au profit de personne. On se trouve encore en présence d'un débiteur lié par son obligation, sans qu'il y ait de créancier correspondant pour en réclamer le bénéfice. « Le souscripteur a emprisonné sa volonté débitrice dans le titre », dit de façon très imagée M. Thaller.

Certains auteurs, et avec eux le Code civil allemand, ont voulu soutenir cette théorie de l'acte unilatéral

1. Thaller, *op. cit.*, n° 20.

en faisant naître l'obligation non plus de la création, mais de la *rédaction* du titre. D'après Siegel celui qui crée et signe le titre s'engage et est lié par sa signature (1). Si la détention d'un tiers est nécessaire pour que l'engagement puisse être suivi d'effet, ce n'est pas qu'aucune raison juridique l'exige, c'est simplement, disent-ils, parce qu'il est impossible en fait que le souscripteur encore détenteur du titre, fasse valoir lui-même le droit qui y est attaché. Pour eux l'obligation est née, mais elle « repose » tant que le titre est encore aux mains de l'émettant (2).

Ce serait, prétendent-ils, très analogue à ce qui avait lieu en droit romain ou en droit germanique, où l'offre était considérée comme l'élément important, l'acceptation comme l'élément accessoire. Ce rapprochement est certainement des plus discutables. Les Romains n'ont admis l'engagement unilatéral, l'offre non acceptée que dans des cas exceptionnels fondés sur l'équité, et chez les Germains il ne liait le débiteur qu'envers certaines personnes étrangères à son cocontractant. La convention seule demeurerait pour les uns et les autres la source de l'obligation.

Sentant combien il est difficile de se passer de la théorie du contrat, on tente des accommodements. M. Saleilles nous assure que « toutes ces théories suppo-

1. Siegel. *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, § 12.

2. Wahl, *op. cit.*, t. I, p. 186.

sent un contrat résultant de l'émission du titre, contrat passé avec un premier preneur et d'où naît le droit auquel succèdent les porteurs successifs ». Il ajoute que, d'après Brunner, « ce contrat d'émission résulte de la première tradition du titre : la souscription du titre avait en quelque sorte matérialisé l'engagement du débiteur, mais il fallait pour que cet engagement produisit ses effets que le souscripteur mit le titre en circulation, non seulement en l'offrant au public, mais en le remettant aux mains d'un tiers qui l'accepte par voie de contrat ; une fois le titre ainsi émis, le droit appartient au premier preneur : il y a tradition » (1).

Ces analyses un peu spécieuses essaient de concilier la théorie traditionnelle du contrat avec celle de l'acte unilatéral. Est-ce bien justifié et faut-il se louer d'un effort qui voudrait donner à deux opinions opposées l'apparence de la conformité ? Si l'on prétend qu'une société qui fait une émission de titres, se trouve engagée par la seule manifestation de sa volonté, si l'on considère que les avantages qu'elle offre, la lient, sans qu'il soit besoin qu'elle recueille en retour un engagement réciproque de lui fournir l'argent qu'elle sollicite, seule raison de son émission, il n'est plus légitime de parler de contrat comme base d'une semblable opération.

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 296-297.

L'engagement a-t-il eu lieu avant que le premier preneur ait réalisé, grâce à la tradition, un premier contrat, l'obligation s'est-elle formée sans lui ? C'est à cette question qu'il faut une réponse précise, une solution qui ne comporte aucune ambiguïté. L'admettre, c'est condamner implicitement la notion de contrat et il ne semble guère que l'on fortifie les théories allemandes, en venant surajouter cette notion qu'exclue d'ailleurs leur dénomination même.

Quand il n'y a pas eu de preneur, pas de mise en circulation, comme par exemple dans le cas où la société a pris ses propres titres à l'émission, pour les affecter directement à ses différentes caisses, quel contrat, quel lien s'est-il formé ? Aucun.

Il n'y a point de titulaire de droit, parce qu'aucun droit n'a pris naissance, et suivant nous, il n'est pas davantage possible d'admettre dans ce cas que la société ait un engagement quelconque. Il est pour le moins très sûr que cet engagement ne pourrait en aucune façon provenir d'un contrat.

Traitera-t-on différemment les titres achetés en Bourse par la société pour les affecter à ses caisses, et ceux simplement pris à l'émission et portés au compte de ces mêmes caisses, sous le prétexte qu'un contrat a pu se former dans le premier cas par la tradition du premier preneur et pas dans le second cas où il n'y a eu aucun preneur ? Tous ces titres, placés par la société dans son portefeuille pour y jouer le même rôle, que

rien ne distingue les uns des autres et sur lesquels elle a les mêmes pouvoirs et les mêmes droits, doivent évidemment subir le même traitement.

Peut-on prétendre qu'un papier, preuve unique de l'obligation, que la société a entre les mains et peut détruire quand il lui plaît, sans que personne ait rien à objecter, soit dans ces conditions la source pour elle d'un engagement qu'elle n'a point cherché? Serait-il même légitime de l'assimiler à une promesse publique de récompense qui est une offre *volontaire* de certains avantages, offre faite par une personne qui a voulu s'engager seule?

C'est évidemment l'inverse qui a lieu, lorsqu'un emprunt est offert au public par voies d'affiches ou de prospectus, qui précisent toujours les conditions exigées pour avoir droit aux intérêts et aux autres bénéfices. Une société qui a préparé des titres au porteur dans le but de se procurer des fonds, n'a-t-elle pas à chaque instant le droit de renoncer à son émission et n'est-ce pas uniquement quand une personne se sera engagée à verser l'argent, qu'elle se trouvera liée elle-même par sa promesse?

L'opinion de l'engagement unilatéral devrait au contraire logiquement décider que la société n'a pas le droit de retirer son offre.

Certains auteurs allemands et avec eux M. Saleilles, ont bien senti qu'il y avait là pour leur théorie un écueil difficile à éviter. N'était-ce point consacrer l'in

justice, sous le prétexte de faciliter la circulation des titres de crédit, que de tenir une société pour engagée malgré elle, à l'occasion d'un acte où seule évidemment elle, demeure juge des conditions auxquelles elle peut consentir à contracter un engagement ? Jamais son intention n'a pu être de se trouver liée par de soi-disants engagements ne correspondant à aucun avantage pour elle.

C'est pourtant à cette conséquence extrême qu'aboutit la formule : le titre crée la dette. Un contrat se forme-t-il ultérieurement, qu'il n'en reste pas moins une situation injuste et inexplicable tant que le premier preneur ne s'est pas présenté.

Comme le dit très judicieusement M. Wahl : « Si l'on demandait à une personne imbue des principes, mais peu familiarisée avec les difficultés pratiques de notre matière, si le droit créé par le titre au porteur naît d'un contrat passé entre le débiteur et le premier preneur ou d'un acte juridique différent, sa réponse ne serait pas douteuse : un engagement n'est possible que s'il est accepté et le créateur du titre ne peut pas plus s'obliger par sa seule volonté envers le porteur qu'il ne s'obligerait envers une personne déterminée à laquelle il ferait une offre non acceptée (1). »

Cette idée que l'offre seule est sans valeur est expri-

1. Walh. *Tr. des titres au porteur*, t. I, p. 179 et 180.

mée également par M. Vallé, garde des Sceaux, dans l'exposé des motifs du *Projet de loi sur les obligations émises par les sociétés et sur les parts de fondateur*. A propos de l'hypothèque qu'une société peut conférer sur ses immeubles comme garantie du montant de l'emprunt émis sous forme d'obligations, il y est dit : « Si les obligations sont souscrites par diverses personnes et à des époques successives, comment l'hypothèque prend-elle naissance ? Elle ne peut résulter de l'offre seule émanant de la société, ni même de la promesse de constitution contenue par exemple dans les prospectus d'émission, car l'offre à elle seule ne produit aucun effet (1).

Pour échapper à cette difficulté, les partisans de la théorie allemande cherchent à atténuer les conséquences de leurs affirmations : ils prétendent qu'ils ne disent pas absolument que le souscripteur soit déjà engagé par le fait d'une promesse unilatérale. Ils voudraient demeurer dans l'indécision, ne pas sortir de la pénombre.

Kuntze compare le titre, par le seul fait de sa création, à un testament encore inefficace et subordonné pour son efficacité à la prise de possession par un premier porteur (2).

Mais ce rapprochement se justifie-t-il mieux que les

1. Annexe au procès-verbal de la séance du 4 juillet 1903. Chambre des députés, p. 3.

2. V. Saleilles, *op. cit.*, p. 300.

précédents ? Ici encore (si toutefois il y a engagement de la part du testateur avant l'acceptation du bénéficiaire), cet engagement susceptible seulement de se manifester quand la personne engagée sera morte, n'a lieu en tous cas qu'avec la volonté expresse de cette personne.

Le testateur a voulu s'engager seul, sans attendre aucun bénéfice de son initiative ; c'est l'inverse de ce qui a lieu pour une société qui émet un emprunt.

La confection d'un testament est à coup sûr un acte unilatéral, l'émission d'une valeur de Bourse ne l'est certainement point : qu'il s'agisse d'une action ou d'une obligation, c'est un bailleur de fonds devant participer aux gains et pertes de l'entreprise ou un prêteur que l'on cherche et avec lequel on s'entend.

Ce preneur n'est pas un simple acheteur d'objet mobilier, bien que le langage courant parle d'achat et de vente d'obligations, et que ces titres, qualifiés par l'article 529 du Code civil de meubles par la détermination de la loi, soient en réalité traités comme tels à certains points de vue. On pourrait mieux encore se tromper sur la nature de ces titres en les voyant suivre la règle de l'article 2279 : en fait de meubles possession vaut titre ; ou en notant qu'il suffit de la simple délivrance, sans avoir recours à un acte notarié, pour en opérer la donation. (1)

1 V. Thaller, *op. cit.*, nos 28, 29.

Ces conséquences sont la raison même du titre au porteur, comme son nom d'ailleurs l'implique, nom qui certes ne laisse pas soupçonner le contrat primitif, indiqué au contraire fort nettement dans le mot « obligation ».

Tant d'apparences opposées à l'idée de contrat pouvaient faire hésiter. Le fait même qui nous occupe, ne peut-il paraître, à certains points de vue, une justification des théories allemandes : n'est-ce pas donner au titre même une valeur propre que de faire figurer à l'actif social les obligations rachetées ?

L'idée ne s'impose pas naturellement à l'esprit, que ces titres, semblables aux autres par l'aspect extérieur et portés sur les livres sociaux pour l'attribution des coupons, des primes et des lots, ne sont néanmoins qu'une fiction sans réalité juridique. En la repoussant, les partisans de l'école allemande semblaient faire preuve de plus de logique que leurs antagonistes.

Ces apparences ne pouvaient-elles en effet justifier leur prétention de ne voir dans le titre au porteur « qu'un bien ayant par lui-même les attributs d'utilité que possède un bien ordinaire, un champ ou une maison, ou mieux un meuble, un objet tangible, cheval, numéraire ou autre qu'on fait circuler, qu'on déplace » ? (1)

1. Th., *op. cit.*, n° 25.

Le titre au porteur n'avait-il pas tous les attributs d'un bien corporel procurant par lui-même la jouissance de certains avantages ? N'était-ce pas sa possession seule qui permettait d'en retirer des bénéfices analogues à ceux de tout autre objet manuel ? Comment songer à un lien personnel, à une obligation pour un titre acheté sur le marché sans plus de formalité que du blé, du sucre ou de l'alcool ?

Pour le bénéficiaire du titre, aucun engagement ne se manifeste dans une semblable opération : sa possession ne lui fait point songer à un droit qu'il peu faire valoir, mais à un avantage dont il jouit. « Si, comme le dit M. Thaller, il est vrai que le titre au porteur a à sa base une dette, l'engagement d'un débiteur, cela n'est vrai que du point de vue passif sous la face active, il n'est pas une créance, mais un bien autonome. » C'est du moins ce que peut croire le possesseur paisible qui n'a à faire valoir son droit que par sa jouissance même.

Mais que des difficultés se présentent pour cette jouissance, et aussitôt la qualité de créancier et de contractant, qui n'a jamais cessé d'exister, se révélera ouvertement au porteur. Que la société tombe en faillite ou en liquidation, il lui faudra faire valoir sa créance, intervenir personnellement en justifiant de son droit par le titre représentant alors le contrat conclu entre le débiteur et le créancier. Pour des titres non entièrement libérés, le créancier ne peut récla-

mer les avantages promis, qu'en se conformant lui-même vis-à-vis de son débiteur aux obligations résultant de son titre.

Ainsi, même entre les mains du bénéficiaire, le titre au porteur ne conserve pas jusqu'au bout le caractère apparent de bien corporel « vivant en dehors des personnes » (1).

Le porteur peut oublier, en touchant ses prestations, qu'il est lié à la société qui les lui verse, il peut ignorer l'entreprise à laquelle il a pourtant versé ses fonds, ce n'en est pas moins elle qui le fait jouir de son titre. Les avantages de ce titre seraient parfaitement illusoires, s'il n'y avait derrière lui cette personne cachée qui se nomme la société anonyme.

Si le titre au porteur n'a gardé que le minimum de forme des contrats primitifs de prêt ou de société, ceux-ci n'ont point cependant disparu, et la tradition, qui peut suffire actuellement à la formation de ces contrats, n'en est pas moins essentielle.

L'engagement qu'une société se dit prête à consentir, par l'annonce d'une émission de titres au porteur, n'est point conclu par cette seule annonce : cet engagement ne peut pas produire d'effet à ce moment, car il est inexistant jusqu'au jour où il y aura un bénéficiaire.

Malgré les subtils raisonnements des partisans de la

1. Thaller, *op. cit.*, n° 28.

théorie unilatérale, cette conception nébuleuse d'une dette possible sans créancier, répugnera toujours à la clarté de l'esprit français, pour lequel le bon sens demeure encore le guide le plus sûr. Comme le dit excellemment M. Thaller, cette théorie a une certaine valeur économique, mais elle ne fournit pas une construction de droit suffisamment ferme et précise. La théorie des titres négociables ne lui paraît point séparable du droit général des contrats, sous cette réserve toutefois que, suivant lui, c'est une délégation et non une cession civile qui investit le nouvel acquéreur de la créance représentée par le certificat (1).

C'est également à l'opinion traditionnelle que s'est rangée, après quelques hésitations, la jurisprudence française. Les théories allemandes qui avaient séduit, la jeune école, en l'obligeant à approfondir et à analyser une situation juridique créée empiriquement en dehors de la législation et demeurée par là même dans l'incertitude, ne tardèrent pas à montrer le vide de leur apparente profondeur : les juges comme les théoriciens se contentèrent d'enrichir la saine tradition de quelques-unes des dépouilles de ces hasardeuses nouveautés. Ainsi pour nombre d'auteurs, le titre au porteur ne serait pas la simple preuve du droit, mais incorporerait l'obligation ; ce qui n'entraîne nullement comme on pourrait le supposer que le pre-

1. Thaller, *op. cit.*, n^{os} 161-165.

mier possesseur, c'est-à-dire l'émettant lui-même, soit également le premier créancier, opinion qui viendrait précisément détruire le laborieux échafaudage que nous avons cru élever contre une pareille prétention. S'il est reconnu qu'il est impossible que le débiteur ait sur lui-même le droit de créance correspondant à sa dette, cela reste vrai en admettant que le titre incorpore le droit. Ce qu'il ne faut pas perdre de vue en effet, c'est que le titre qui n'est pas régulièrement émis, qui ne se trouve pas par là même entre les mains d'un bénéficiaire différent du souscripteur, ne peut être qu'un morceau de papier dépourvu de toute valeur (1). Le droit n'a pas pu naître ou s'est éteint, et le titre ne peut pas plus le représenter que l'incorporer.

En résumé, c'est la convention seule qui peut faire naître l'obligation. Il faut pour que le rapport de droit existe, que deux êtres se soient mis en relation. Le papier émanant d'une personne unique est impuissant à créer la dette. Cela est aussi vrai en droit germanique et en droit romain qu'en droit moderne.

« Le souscripteur est engagé lorsqu'il se dessaisit en vertu d'une convention spéciale ou de l'exécution d'une convention préexistante, du titre préalablement signé par lui et non lorsqu'il donne cette signature ; il

1. Wahl. *Traité des titres au porteur*, t. I, n° 274.

s'engage envers la personne à laquelle il remet le titre et non envers le titre lui-même » (1).

Pour une créance ordinaire ne faut-il pas que le débiteur ait remis le titre pour être engagé ? A-t-on jamais cherché à soutenir que l'on pouvait s'engager avant la délivrance, c'est-à-dire à un moment où l'on a seulement l'intention de s'obliger ? Or il n'existe pas de raison juridique pour établir une différence à ce point de vue entre la créance ordinaire et le titre au porteur. Même le cas de vol du titre, qui peut d'ailleurs se produire tout aussi bien pour une créance ordinaire, ne peut justifier une différence théorique. Si le législateur oblige seul au paiement le signataire d'un titre au porteur volé, ce n'est point qu'il y ait une différence de principe, c'est seulement par une nécessité pratique, pour faciliter le commerce, en préservant le possesseur de bonne foi contre le risque de dépossession. La responsabilité de la société est purement d'ordre public. Mais il serait singulier de voir dans le vol d'un titre non émis, un moyen pour ce titre d'acquérir une valeur juridique, que seule la souscription régulière doit pouvoir lui conférer.

Si donc une même personne ne peut être à la fois créancière et débitrice d'une certaine somme et si le papier lui-même ne peut jouer ce rôle de créancier,

1. Wahl, *op. cit.*, t. I, p. 191.

tant qu'il n'y aura pas deux personnes en présence, l'obligation ne sera pas née, ou elle aura disparu par la confusion. Tant qu'il n'y a pas de contrat, le titre de crédit n'existe pas juridiquement.

Aussi la régie, en prétendant « que la création matérielle de l'écrit avec lequel se confond une valeur de Bourse suffit pour que le titre existe vis-à-vis des lois fiscales, (1) » commet une erreur manifeste.

Si l'on admettait cette prétention, rien ne s'opposerait en droit à ce que les titres sortant de l'imprimerie ou de l'atelier du graveur, ne fussent également soumis à la taxe. Tous les titres non émis devraient de même être frappés par l'impôt, y compris les stocks souvent importants que des sociétés comme les compagnies de chemins de fer qui émettent à guichet ouvert, sont obligées de faire imprimer et signer d'avance.

De telles conséquences suffisent à juger une théorie.

L'Etat ne peut percevoir l'impôt que sur les obligations émises, et pouvant procurer un revenu à ceux qui les ont entre les mains.

Il importe peu d'ailleurs à la validité de notre raisonnement que les obligations rachetées aient figuré dans la comptabilité au même titre que les obligations souscrites par le public, qu'elles soient inscrites à part ou continuent à compter au bilan de la circulation générale.

1. Solution du 30 juin 1886. S. 97. 1. 193.

Y a-t-il eu émission et ses effets persistent-ils toujours ? C'est là le seul point à élucider.

Pour qu'une action ou une obligation, ait été émise, la création ne suffit pas, il doit en outre y avoir eu souscription ou répartition définitive. « La souscription est toujours indispensable, tant qu'elle n'est pas intervenue, il n'y a ni actionnaires, ni obligataires, ni action, ni obligation (1).

La souscription en effet suppose nécessairement qu'une personne autre que la société a été investie d'un droit propre sur le titre ; du moment que cette condition est absente, le certificat n'est qu'un vulgaire morceau de papier, un écrit sans valeur légale.

C'est le cas des titres créés par une société et qui n'ont pas trouvé preneur, ou qu'elle a gardés, pour les porter au compte de caisses spéciales faisant partie intégrante de son actif : le fait que « la caisse à laquelle ils ont été affectés, se confond avec la société, exclut toute contre-partie, tout rapport extérieur de droit susceptible de faire produire aux obligations un engagement quelconque » (2).

En prenant pour elle-même ses obligations à son guichet d'émission, la société n'a donc pas souscrit véritablement ; il n'y a eu que l'illusion du geste : elle

1. Naquet. *Tr. th. et pr. des droits d'enregistrement*, t. II, n° 576.

2. Voir D. 1904. 1. 321, note de M. Thaller.

a simplement fait passer certains de ses fonds d'un de ses comptes à un autre compte par un jeu d'écritures. L'élément principal, c'est-à-dire le tiers bénéficiaire manquant, l'obligation, passée du stock à émettre au compte des caisses de retraites ou des réserves, n'a point changé de nature, ce n'est toujours qu'un papier sans valeur.

Il existe cependant un cas particulier où cette règle paraît en défaut et où des obligations non souscrites peuvent néanmoins représenter une valeur, qui les rendra même passibles de l'impôt : ce sont les titres d'obligations négociables faisant l'objet d'une convention destinée à confier à un tiers des droits sur eux, alors même qu'aucune souscription n'a eu lieu. Il s'agit particulièrement de l'hypothèse d'un nantissement de ses propres obligations opéré par une société.

Cette remise en garantie d'obligations non encore souscrites, condamnée par quelques Cours (1), a été néanmoins reconnue valable par plusieurs jugements et arrêts et a entraîné pour la Régie le droit de percevoir l'impôt du timbre et la taxe de transmission.

C'est le sens du jugement du tribunal de la Seine du 11 juillet 1874 et de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 19 juillet 1875 à propos de 180.000 obli-

1. Besançon, 5 avril 1903. D. 1904. 2. 465, cité par Thaller, *op. cit.*, p. 21.

gations de la Compagnie de l'Ouest faisant partie d'une série de 300.000 et remises en nantissement à la Banque de France (1).

A ceux qui prétendaient que ces titres, n'ayant pas été émis, n'avaient pas de créanciers, la Cour répondait que l'existence matérielle des titres suffisait à rendre les taxes exigibles. C'est la doctrine que devait reprendre le tribunal de la Seine dans son jugement du 18 juillet 1890 et dont nous avons longuement montré la fausseté. Cependant si l'existence matérielle est insuffisante pour donner la vie au titre et le rendre susceptible des perceptions fiscales, il n'en est pas moins évident que dans ce cas il jouit d'une certaine vitalité juridique dont bénéficient des tiers : il confère par la volonté expresse de la société des droits au créancier gagiste contre la société elle-même, qui se trouve par là tenue à certaines obligations.

La Banque de France, qui avait reçu en garantie les titres de la Compagnie de l'Ouest, avait la faculté de les faire vendre : il y avait donc un engagement contracté par la Compagnie envers un tiers déterminé, investi d'un droit propre sur les titres.

Lorsqu'en 1904 la Cour de cassation eut de nouveau à justifier la remise en nantissement d'obliga-

1. S. 1876. I. 39. Voir aussi Cas., 6 avril 1870. S. 1870. I. 273.

tions non placées, dans l'affaire Dyle et Bacalan, elle eut recours aux arguments suivants : « Ces titres, dit-elle, ayant une existence légale complète et qui sont matériellement transmissibles, réunissent, bien que frappés d'une indisponibilité momentanée, tous les éléments d'une créance contre la société qui les a souscrits et peuvent dès lors faire l'objet d'un nantissement. (1) »

En s'exprimant de la sorte, la cour subit l'influence allemande ; nous retrouvons les traces de la théorie de l'acte unilatéral.

Il nous faut d'ailleurs reconnaître que ce mode de nantissement ne peut que difficilement cadrer avec la théorie traditionnelle du contrat. Cette pratique, admise dans le monde financier et reconnue légale par la Cour de cassation, semble accorder au titre au porteur une valeur propre qui n'aurait point sa source dans le contrat intervenu entre un débiteur et un créancier. Le créancier dans ce cas semble faire défaut, puisque le titre n'a point trouvé preneur.

Cependant la situation est certainement différente de celle qui se présente pour les titres conservés par la société. Celle-ci en effet ne se trouve plus seule en face de ses titres. S'il n'y a pas de preneur, de créancier proprement dit, il existe néanmoins un tiers

1. Cass. Ch. réunies 16 mars 1904. D. 1904. 2. 320. — Req. 13 juin 1903. D. 1904. 1. 326.

ayant des droits contre la société. Ces droits lui donnent précisément la faculté de susciter à celle-ci un créancier en faisant vendre les obligations remises en nantissement. La société qui a reçu les titres comme garantie, avait précisément des droits contre la société qui les émettait. Créancière de celle-ci, ne pouvait-elle, en recevant les titres au porteur, leur donner la valeur intrinsèque qui leur manquait jusqu'alors ?

C'est dans ce sens que semble vouloir conclure M. le procureur général Baudouin dans l'affaire Dyle et Bacalan. Il s'exprime ainsi : « Pourquoi serait-il interdit de remettre en paiement à son créancier un titre d'obligation sur soi-même attribué ainsi à ce créancier, sous la condition qu'il viendra à négocier à son tour la dite obligation et en spécifiant à la fois les circonstances dans lesquelles il sera autorisé à user de cette faculté de négociation ainsi que la limitation pour lui du bénéfice de l'opération au montant principal de la dette pour laquelle a lieu cette *datio in solutum* et la nécessité de rembourser l'excédent s'il y a lieu ? N'est-ce pas cette clause complexe si l'on veut, mais très licite qui se trouve sous-entendue dans l'opération ? (1) »

L'établissement débiteur se décharge sur son créancier du soin de placer ses titres par un contrat de garantie qui renferme pour la société émettante une

1. V. Thaller, *op. cit.*, n° 22, note 2.

possibilité de contrat de prêt, au cas où les titres viendraient à être vendus par son créancier.

Entre les mains de la société nantie de ces obligations, celles-ci représentent indubitablement des droits dont peuvent profiter les créanciers de la société.

Ces titres ne se trouvent donc plus dans la situation de ceux qui sont demeurés dans ses caisses, et qui ne peuvent être considérés comme souscrits au sens des lois fiscales : les certificats n'ont pas d'existence propre et indépendante de la société (1).

Au contraire, dès que le titre a pris pour ainsi dire conscience d'une vie juridique conférant des droits à des tiers en dehors de la société, soit qu'il y ait eu souscription, soit que le titre ait été l'objet d'une convention particulière, cette manifestation de vie doit l'assujettir aux perceptions fiscales.

C'est là la véritable distinction que faisait ressortir avec beaucoup de clarté le procureur général Baudouin dans ses conclusions à propos de l'arrêt du 16 mars 1904 : « La formule exacte et complète, disait-il, qui se dégage de votre jurisprudence et de ses divers éléments expliqués les uns par les autres est donc la suivante : le droit proportionnel de timbre et la taxe annuelle de transmission sur les obligations au porteur sont dus à partir du jour où ces titres,

1. V. note Thaller, D. 1904. 1. 321.

matériellement établis, créent des droits propres au profit des tiers. Et par un corollaire nécessaire, ces droits cessent d'être dus du jour où le titre, enlevé à la circulation, rentre entre les mains de la société ou dans les caisses annexes de sa comptabilité intérieure. »

Ainsi, malgré l'apparente contradiction de ce cas particulier avec la théorie traditionnelle du contrat, nous devons décider que l'existence matérielle du titre au porteur est toujours insuffisante à créer des droits. Il faut qu'il ait soit un propriétaire, autre que l'émettant, soit une personne ayant sur le titre des droits particuliers. Il faut, dit M. Wahl, que ces titres soient devenus des *actes*.

Tant que le titre n'est pas aux mains d'un tiers, il n'est pas obligatoire et ne constitue pas un acte : il est donc inexistant juridiquement. Prétendre, au contraire, que le titre est lui-même créancier et que la créance appartient à la personne qui possèdera le titre lors de l'échéance du capital et des intérêts : ce sont là, ajoute cet auteur, des erreurs juridiques et des théories contradictoires !

Nous concluons donc avec la jurisprudence et la grande majorité des auteurs français que, aussi longtemps que des titres au porteur demeurent entre les mains de la société qui les émet sans qu'il y ait contrepartie, ils n'ont aucune valeur et ne sont que des feuilles de papier ordinaire.

Qu'ils soient demeurés attachés à la souche ou qu'ils aient été rachetés en Bourse, la société, ne pouvant avoir de droits par eux, est impuissante à leur donner une vie réelle. Elle ne les possède donc pas à titre de véritables obligations. Les Allemands eux-mêmes n'ont pu échapper à cette conséquence :

N'est-ce pas en effet ce qui ressort de la loi allemande du 6 décembre 1899 relative aux droits communs des porteurs d'obligations (1) ? Cette loi leur concède le droit de se réunir en assemblée générale pour délibérer et prendre à la majorité des décisions sur leurs intérêts communs. Elle admet que cette assemblée peut élire un représentant.

Or, il y est stipulé, article 10, que le débiteur n'a pas le droit de vote pour les obligations se trouvant en sa possession.

Plus loin il est dit que la majorité doit comprendre au moins la moitié du capital nominal des obligations en circulation et, s'il ne dépasse pas 12 millions de marks, au moins les trois quarts. Dans ce cas le calcul du capital nominal des obligations en circulation, ne doit pas compter les obligations se trouvant en la possession du débiteur (art. 11).

1. Gesetz betreffend die Gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen von 4 december 1899 (Reichsgesetzblatt 1899 N. 67. S. 691 bis, 698). Traduction, notice et notes de M. Lyon-Caen, membre de l'Institut, dans *Annuaire de législation étrangère*, 1899, p. 183.

Une peine est même prévue contre ceux qui tenteraient de tourner les prescriptions de la loi : « Quiconque remet à un autre des obligations se trouvant en la possession du débiteur pour que le droit de vote soit exercé contrairement à la disposition de l'article 10, alinéa 4, sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 5.000 marks au plus. La même peine s'applique à celui qui use des obligations dans le but sus-indiqué (art. 21). »

Comment justifier ces différentes prescriptions, si les titres en la possession du débiteur ne sont point différents au point de vue du droit, de ceux possédés par des tiers ? Suffira-t-il de prétendre que ces assemblées sont précisément instituées contre le débiteur ?

Mais si ces obligations rachetées ou non émises représentaient vraiment des droits, comment les titulaires de ces droits seraient-ils contraints, quelle que soit leur force numérique, de subir la loi des autres obligataires. N'y a-t-il pas là la preuve que ces titres ne représentent rien contre la société, qu'ils ne sont pas, comme on l'a prétendu, des titres créanciers ? Sinon, rien ne doit s'opposer à ce qu'ils soient admis à faire valoir leurs droits de créance.

En refusant à la société de se présenter pour les titres en sa possession, les Allemands ont condamné eux-mêmes leur propre théorie. La pratique, à laquelle ils avaient pensé venir en aide, ne peut pas mieux s'accommoder que la doctrine de leur concept auda-

cieux : leur contradiction ne contribue qu'à consolider la théorie traditionnelle du contrat.

Ce n'est pas d'ailleurs seulement en Allemagne que le droit d'assister aux assemblées doit être refusé au débiteur pour les titres qu'il détient.

M. Thaller fait remarquer que ce droit ne doit pas davantage exister pour les actions que nos sociétés ont rachetées et affectées aux réserves.

« La société, dit-il, ne peut pas constituer un représentant apte à concourir aux assemblées générales pour lesdites actions (1). »

Cette prohibition est prévue également dans le projet de loi présenté par M. Vallé *sur les obligations émises par les sociétés et sur les parts de fondateurs*. On y organise les assemblées d'obligataires et l'article 9, à l'imitation de la loi allemande, décide que « l'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre d'obligataires représentant les trois quarts au moins du capital-obligations en circulation, déduction faite des obligations qui sont en la possession de la société. A cet effet, la société doit remettre au président au début de la séance un état des obligations certifié par le président du conseil d'administration. La société n'a pas le droit de voter avec les titres dont elle est propriétaire ou qui

1. Thaller. *Droit commercial*, 3^e éd., n° 666.

sont en sa possession pour une raison quelconque » (1).

Ces prescriptions se déduisent tout naturellement de la théorie sur le titre au porteur à laquelle nous nous sommes rangé. Du moment que les obligations ne sont plus des créances, quelque'en soit leur nombre, elles n'ont aucun droit à faire valoir, car, comme le dit fort justement l'exposé des motifs du projet, « la majorité doit être exclusivement formée par des créanciers ».

Les partisans des conceptions allemandes ne pouvant motiver de même leur exclusion, risquent au contraire d'être accusés d'arbitraire.

1. Annexe au procès-verbal de la séance du 4 juillet 1903. Chambre des députés, p. 8.

CHAPITRE III

Le Fisc

Intérêts, primes et lots versés aux obligations en portefeuille. — Impôt du timbre. — Impôt de transmission et taxe de circulation. — Impôt sur le revenu et taxe sur la prime de remboursement et sur les lots.

Après l'exposé des faits, nous avons cherché à approfondir la situation juridique au point de vue doctrinal et théorique, sans presque jamais appuyer nos arguments des exemples de la pratique. Nous voulions définir impartialement le droit sans nous préoccuper des conséquences possibles.

La question qui se posait, les actions et les obligations conservées en portefeuille sont-elles des titres au porteur semblables à tous ceux en circulation et ayant même force obligatoire, ont-elles une existence légale, cette question, malgré les apparences contraires, nous l'avons résolue par la négative. Quelles doivent être les conséquences de cette solution, c'est ce qu'il faut à présent envisager.

Ces obligations, retirées de la circulation, semblent jouir encore comme celles qui demeurent entre les

main du public, des avantages offerts par la société qui a fait l'émission. Celle-ci, en effet, inscrit toujours à ses dépenses les sommes nécessaires au paiement des intérêts, de l'amortissement et des lots, s'il y a lieu, de ces obligations fantômes. D'un côté les coupons ne cesseront pas d'être détachés et émargés à chaque échéance sur les volumes réservés à cet usage, les obligations sorties au tirage seront présentées au remboursement comme par le passé, et les sommes correspondantes seront portées au crédit de la société. D'autre part, la société ayant prévu une annuité globale donnée pour faire face à la double charge du paiement des intérêts et du remboursement du capital, continuera à l'inscrire à son budget sans modification, malgré la rentrée d'un certain nombre de ses obligations dans ses caisses ; ce qui pourtant semblerait devoir diminuer d'autant la charge de sa dette. La société se débitera alors d'une somme précisément égale à celle dont elle se sera bonifiée par le détachement des coupons et par le remboursement des obligations en portefeuille.

Le mécanisme de l'annuité ne sera point troublé par ce rachat volontaire, parce que, dit M. Lévy-Ullmann, « l'obligation rachetée, éteinte, est censée continuer à vivre dans le patrimoine de l'emprunteur, jusqu'au jour où le tirage au sort vient déterminer son tour d'amortissement : cette existence fictivement

prolongée équivaut somme toute à une simple opération de comptabilité intérieure. » (1).

Le jeu normal de l'amortissement, correspondant au tableau offert au public, ne se trouvera de la sorte changé en quoi que ce soit : les chances escomptées demeureront mathématiquement les mêmes, puisque ce sera toujours le stock prévu avant l'émission qui participera en entier aux différents tirages. Aucun arbitraire ne pourra favoriser certains porteurs au détriment des autres.

Ainsi, le Crédit Foncier, sans cesse obligé de maintenir d'après ses statuts la concordance entre le montant de ses prêts et celui de ses obligations, se trouve naturellement conduit, comme nous l'avons vu, à opérer des rachats fréquents.

Sans cette fiction de comptabilité, qui consacre la survivance dans son portefeuille de ces obligations retirées de la circulation, le public, ne connaissant que le tableau d'amortissement qui lui a été présenté, pourrait facilement se croire lésé, et voir des irrégularités là où la société ne fait que suivre strictement les obligations statutaires qu'elle s'est imposées.

Cette survivance apparente des titres pour leurs chances de tirage n'est nullement en contradiction avec leur extinction légale.

Ne serait-ce que pour assurer la régularité des opé-

1. Lévy Ullmann. *Traité des obligations à primes et à lots*, 1895, n° 65.

rations, ces obligations doivent nécessairement participer au tirage, leurs numéros ayant été mis en roue avec tous ceux faisant partie de la même série ou du même emprunt. Ce cas n'est pas différent de ce qui a lieu pour les titres d'un emprunt à primes ou à lots dont la souscription est demeurée partielle, après la mise en roue et dont une partie seulement a été créée.

Les numéros non créés qui viennent à sortir, sont censés bénéficier de leurs lots. Les numéros sont purement et simplement retirés par la société, sans pour cela procéder à un tirage complémentaire qui reporterait sur les obligations en circulation des chances de gain qu'elles ne pouvaient escompter. Les obligations rachetées ne sont pas traitées autrement que ces numéros d'obligations n'ayant jamais existé. Dans les deux cas, c'est la société qui bénéficie légitimement du non paiement des primes ou des lots ; c'est ce que reconnaît d'ailleurs la jurisprudence avec la doctrine.

La société, qui avait prévu une annuité d'un certain chiffre pour assurer le paiement de ses intérêts et de son capital, a le droit incontesté d'inscrire la différence, dont elle peut bénéficier par les lots ou primes qu'elle n'a pas à payer, au chapitre qui lui convient. Qu'elle leur conserve dans ses écritures l'apparence de lots et de primes, qu'elle les porte au compte des réserves ou à celui des retraites, ce ne sont jamais

que des fonds de l'entreprise elle-même qui demeurent dans cette entreprise.

Ce n'est pas telle ou telle obligation qui en réalité bénéficie d'un lot ou d'une prime, c'est la société elle-même ; ou plutôt, n'ayant pas à acquitter les sommes prévues, représentant ces lots ou ces primes, celle-ci doit les retrouver aux recettes et elle est libre d'en disposer à son gré.

Si, au lieu de répartir uniformément sur tous ses services les sommes ainsi économisées, elle préfère les inscrire à certains chapitres qui, suivant elle, ont plus d'intérêt à être grossis, elle le fait à ses risques et périls. L'énormité des lots qui pourraient ainsi favoriser certaines caisses, ne peut en aucune façon changer le droit.

Légalement les obligations aux mains de la société sont mortes ou n'ont jamais pris naissance. Leur affectation à des caisses administrées par la société ne leur donne pas davantage de réalité. Elles ne peuvent donc donner aucun droit à la réclamation de tel ou tel lot ou prime, pas plus qu'elles ne peuvent justifier d'une prétention à des intérêts.

Si cependant elles semblent continuer à bénéficier de ces avantages par elles-mêmes, ce n'est qu'une pure fiction. Ces lots et ces primes, comme ces intérêts, ne sont que des sommes portées, sous cette forme jugée commode par la société, au compte de ces différentes caisses. Il n'y a là ni revenu proprement dit,

ni remboursement de capital. Il n'y a qu'une répartition interne de l'actif social. Un industriel est toujours libre d'attribuer la valeur qui lui convient à son matériel et à ses marchandises, il peut prélever à son gré sur ses bénéfices les sommes qu'il juge utile à l'amélioration de tel ou tel rouage de son usine et les inscrire à leur compte. Une société qui a racheté ses obligations et les laisse figurer au compte de ses caisses de retraites ou de ses réserves n'agit pas autrement, en les faisant bénéficier de lots ou de primes.

Peu importe d'ailleurs que celles-ci figurent au bilan de la circulation générale avec les autres obligations, ou fassent au contraire l'objet d'un compte spécial indiquant leur provenance. Elles n'en sont pas moins retirées de la circulation et ne pourront y rentrer que le jour où la société jugera utile de les y remettre. Tant qu'elles ne sont pas aux mains des tiers, leur valeur juridique n'existe point.

Il n'est donc pas possible de voir dans les opérations de comptabilité qui les concernent, un véritable paiement d'intérêt ou le remboursement d'un capital ; capital qui n'aurait jamais été versé, puisque la société n'a pas encaissé la moindre somme et a simplement opéré un virement de compte sur ses livres ; revenu qui serait sans bénéficiaire, la société n'ayant qu'elle-même en face d'elle, et ne pouvant se payer à elle-même des intérêts, pas plus d'ailleurs qu'elle ne

pourrait se rembourser un capital qu'elle se serait prêté.

L'intérêt, les lots et les primes inscrits au compte des obligations rachetées, ne sont donc que pures apparences, et l'Etat n'a point à percevoir sur ces titres les différents droits dont il frappe ces avantages pécuniers, c'est-à-dire l'impôt du timbre, l'impôt de transmission ou la taxe de circulation, l'impôt sur le revenu, celui sur la prime de remboursement et les lots. Cette solution se déduit sans conteste de principes que nous avons exposés. Elle ne s'est pourtant point dégagée dès l'origine : les faits apparents voilaient le droit véritable et les intéressés eux-mêmes n'avaient point songé tout d'abord à contester au Trésor le droit de percevoir ces différentes taxes sur leurs titres conservés en portefeuille. Des sommes considérables avaient pu ainsi entrer illégalement dans les caisses de l'Etat (1).

1. Le jugement du tribunal de la Seine du 18 mars 1893 (*Rép. Enreg.*, 1894. Art 8304) rendu au profit de la Compagnie d'assurance La Foncière, qui réclamait une somme de 5.400 francs payée indûment pour la taxe d'abonnement au timbre afférente à ses propres titres, ayant admis le principe de la compensation (art. 1289 et 1290 du C. civ.) au sujet de ces droits et refusant en conséquence au Trésor le bénéfice de la prescription qu'il invoquait, l'administration s'exécuta vis-à-vis de La Foncière et fit en même temps divers remboursements amiables, afin d'éviter des procès menaçants. C'est ainsi qu'elle remboursa pour des droits

C'est la Compagnie de l'Est qui semble avoir la première fait trancher la question devant les tribunaux. Elle détenait au 31 décembre 1884 215.558 de ses propres obligations inscrites au nom de divers services. A cette époque la Compagnie cessa de payer et demanda la restitution de la taxe sur le revenu et du droit de timbre qui avaient été jusqu'alors acquittés régulièrement.

L'enregistrement ne voulut accorder la restitution de la taxe sur le revenu que sur les obligations affectées au domaine privé des actionnaires, à la caisse des annuités et au prix Sauvage, qu'elle considérait comme n'ayant aucune existence propre. Elle refusa le remboursement pour les obligations des caisses des retraites ou de prévoyance qu'elle jugeait au contraire avoir des intérêts particuliers. Elle retint en outre pour toutes les obligations le droit de timbre.

L'affaire vint alors devant le tribunal de la Seine qui rendit son jugement du 18 juillet 1890, que nous

de timbre et pour l'impôt sur le revenu payés à tort, les sommes suivantes à diverses compagnies :

A la Compagnie de Lyon 1.635.739 fr. 55

A la Compagnie d'Orléans 305.681 fr. 28

A la Compagnie de l'Ouest 550.219 fr. 86

A la Compagnie du Midi 426.444 fr. 70

Un second jugement du même tribunal a été rendu dans le même sens à la date du 15 novembre 1901 en faveur de la compagnie de l'Ouest. (Journal la *Loi* du 26 novembre 1901.)

avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de citer. La Compagnie s'étant pourvue en Cassation, un arrêt intervint en date du 6 mars 1895, (1) qui a fixé le droit en la matière. C'est sur cet arrêt que nous nous appuierons plus spécialement pour étudier successivement au point de vue des obligations en portefeuille, chacun des impôts qui frappent les titres au porteur.

I. — *Impôt du timbre.*

L'impôt du timbre sur les valeurs mobilières a été établi par la loi du 5 juin 1850. C'est un impôt indirect comme celui de l'enregistrement. Il frappe les actes au moment où ils sont faits. Ce droit qui est de 10/0 sur le montant nominal du titre, peut toutefois être converti en un *droit d'abonnement* ou taxe annuelle de 0 fr. 06 par 100 francs de capital pour toute la durée du titre (art. 22 et 31, loi du 5 juin 1850 et art. 3, loi du 30 mars 1872).

Toutes les sociétés un peu importantes usent de cette faculté et acquittent l'impôt du timbre par des paiements périodiques basés sur le nombre de titres émis et en circulation.

1. D. 1895.1.265 et S. 1897. 1. 193.

Si les sociétés qui nous occupent avaient au contraire acquitté l'impôt intégralement dès l'origine du titre, la question du remboursement ou du non paiement du timbre ne pourrait se poser pour les titres achetés en Bourse et conservés en portefeuille, ces titres ayant été entre les mains des prêteurs et, d'autre part, ne devant plus rien au Trésor.

Ce qu'il convient pourtant de noter c'est que dans ce cas les titres remis en circulation auraient de nouveau à acquitter le droit entier comme des titres primitifs.

Cependant si la société, au lieu de racheter en Bourse, affectait simplement à ses caisses des titres pris sur son stock à émettre et encore adhérents à la souche, le timbre, même acquitté d'avance, pourrait être l'objet d'une demande de remboursement. Le timbre en effet, bien que considéré autrefois comme un impôt de consommation non restituable (Cas. req., 2 juillet 1883. S. 84. 1. 393) a perdu aujourd'hui presque complètement ce caractère, notamment quand il s'applique aux valeurs mobilières.

L'idée de consommation, qui se trouve dans la loi de l'an VII, était fondée en effet sur ce que l'impôt est payé au moyen de l'emploi du papier, lequel une fois utilisé, est perdu pour l'Etat.

Mais le plus souvent aujourd'hui cet impôt est payé, sans achat de papier, par la simple application

d'un timbre (1) et il n'est plus possible de soutenir qu'il ne peut être restitué dans aucun cas.

Il n'existe pas en matière de timbre, de texte correspondant à l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, qui prescrit que les droits d'enregistrement régulièrement perçus ne sont pas restituables.

On reconnaît pourtant que l'annulation d'un acte ne donne pas droit à la restitution des droits de timbre acquittés à son occasion. Mais si le receveur a perçu ces droits à tort, il en doit la restitution. C'est qu'en effet ils ne sont dus qu'en raison de certains actes, que la loi a assujettis à l'obligation du timbre ; c'est le contrat de prêt qui dans notre cas a été visé. Celui-ci ne pouvant avoir eu lieu, quand la société a pris ses titres à l'émission pour se les attribuer, puisqu'il n'y a jamais eu de contre-partie, le droit payé l'a été à tort et devrait être remboursé (2).

« Il faut, dit Naquet dans son traité, pour que le droit de 1 o/o devienne exigible que les titres aient été créés et *mis à la disposition des prêteurs*. (3) »

Il doit y avoir prêt pour que le droit à la percep-

1. Aux termes mêmes de l'article 4 de la loi du 18 juillet 1866 les affiches peuvent être imprimées sur papier non timbré pourvu que le timbre y soit apposé avant l'affichage. De même pour le droit de timbre de 10 centimes sur les quittances (art. 18 et suiv. de la loi du 23 août 1871).

2. Cf. Wahl. *Traité de droit fiscal*, III, n^{os} 13, 352, 353.

3. Naquet. *Traité des droits de timbre*, 1894, p. 394.

tion ait pu naître et si l'impôt est payé par abonnement, le paiement doit cesser avec le prêt.

En d'autres termes le droit de timbre frappe seulement les titres souscrits par les sociétés (art. 27, loi du 5 juin 1850), devenues la propriété d'un créancier (1). Souscrire une obligation, au sens particulier que lui donne la loi dans cet article, c'est prendre un engagement *vis-à-vis d'un tiers*, en lui remettant le titre qui est la constatation de cet engagement.

« Représentant pour les titres le droit de naître, disait le tribunal de la Seine dans son jugement du 11 juillet 1874, l'impôt ne s'ouvre qu'à l'heure même où ils acquièrent une existence juridique ». Les obligations qui ont été réservées par la société au moment de leur création et affectées avant d'être mises en circulation à l'un de ses services n'ont pu acquérir d'existence juridique.

Nous savons toutefois qu'il faut considérer comme émises au point de vue du fisc, les obligations déposées au nantissement par une société chez la personne ou dans l'établissement qui a réalisé le prêt à son profit. Nous avons déjà vu dans ce sens les arrêts du 19 juillet 1875 et du 16 mars 1904. Antérieurement, par un arrêt du 6 avril 1870, la Cour de cassation, à propos

1. *Journ. de l'Enreg.*, n° 19613. Arrêt Ch. des Requêtes du 19 juillet 1875.

du droit de transmission qui obéit aux mêmes principes, avait soutenu la même opinion (1).

Mais l'exigibilité du droit doit cesser dans ce cas avec la cause du nantissement.

C'est bien ainsi qu'en a décidé le tribunal civil de la Seine dans un jugement du 22 juillet 1881 rendu en faveur de la Compagnie du Touage et dans lequel il est dit :

« Attendu que les titres d'obligations sont destinés à faire foi d'une créance contre les compagnies qui les ont émis ; que leur existence juridique ne peut survivre à la créance qu'ils représentent ; que le fait seul de leur existence matérielle ne les soumet pas à l'impôt ; que dès lors la durée légale des titres, telle que la détermine l'article 31 de la loi de 1850, est subordonnée à la durée même de l'obligation dont ils fournissent la preuve.

« ...Qu'en conséquence ils ont été affranchis de l'impôt du timbre à la date de leur remise à la société ; que la régie est mal fondée à prétendre qu'ils restaient passibles de l'impôt jusqu'au jour de leur destruction matérielle (2). »

Le doute n'est donc point possible, il faut une cause à l'obligation pour qu'elle existe juridiquement et puisse donner lieu à la perception du droit d'abon-

1. S., 70. 1. 273.

2. *Journal de l'Enregistrement*, n° 21806.

nement, lequel court, dit M. Wahl, du jour où ils ont un propriétaire, c'est-à-dire du jour où ils sont des actes. Il faut que le titre ait été délivré et l'abonnement ne peut pas davantage courir pour les titres qui dans les caisses de la société attendent leur tour d'émission que pour les titres affectés à des services spéciaux de ladite société. Ces titres ne peuvent être considérés comme souscrits au sens des lois fiscales et particulièrement au sens de l'article 27 de la loi de 1850.

L'article 31 de cette même loi dit que les sociétés pourront contracter avec l'Etat un abonnement *pour toute la durée des titres* ; or nous savons que les obligations rachetées par une société et conservées avec une affectation spéciale, n'en sont pas moins des titres juridiquement inexistants, de simples morceaux de papiers recouverts d'une formule sans valeur et sans effets : il manque l'obligataire ayant des droits contre la société.

Le tribunal de la Seine, en soutenant l'opinion inverse dans son jugement du 18 juillet 1890, en prétendant que « l'attribution de l'obligation à un tiers interposé n'est pas indispensable à l'exigibilité du droit », la souscription ayant lieu, suivant lui, par l'engagement unilatéral de la compagnie de payer un capital et des intérêts, non à une personne déterminée, mais à l'ayant droit à l'obligation à un titre quelconque, avait, sans aucun doute, donné au mot souscription un sens que la loi ne pouvait lui reconnaître.

Cette fausse interprétation a été catégoriquement rejetée par l'arrêt de cassation de la Chambre civile du 6 mars 1895 qui déclare que « la souscription suppose nécessairement un engagement envers un tiers déterminé qui est investi d'un droit propre sur le titre à lui remis. » Il ajoute que l'attribution aux caisses de retraite ou de prévoyance d'un certain nombre de ces titres ne saurait les faire considérer comme souscrits.

Si, comme le prétendait la régie, le titre émis par une société peut n'être en réalité que la transmission d'une offre, sans engagement ferme, le droit de timbre qui ne s'applique qu'à la création d'un titre constituant un acte obligatoire, ne lui serait précisément pas applicable.

C'est l'obligation, le contrat, qui comporte seul l'exigibilité de ce droit. Et ceci est si vrai que le titre matériel ayant fortuitement disparu, ayant été détruit involontairement, l'abonnement persiste tant que l'obligataire a le droit de demander le remplacement du titre; il cesse au contraire dès que l'obligation est amortie, quand bien même le titre matériel ne serait point anéanti; il n'est plus exigible du jour où le titre a droit au remboursement.

Il faut que les titres appartiennent à quelqu'un, et l'abonnement ne peut être perçu pour les obligations rachetées, même si l'intention de la société est de les

remettre en circulation (Tr. Seine 17 nov. 1893. *Rev. enregist.*, n° 736) (1).

C'est seulement au moment de la réémission qui leur redonnera le caractère d'acte, que l'abonnement pourra reprendre son cours comme s'il s'agissait de titres nouveaux.

L'impôt n'est dû que lorsque les obligations sont en circulation. C'est ce qu'exprime en propres termes la loi du 8 juillet 1852 concernant les compagnies de Crédit foncier, dans son article 29 : « le droit de timbre pourra être perçu par voie d'abonnement annuel à raison de 0 fr. 02 par 1000 francs du total des lettres de gage *en circulation* ». Cette règle n'est point d'ailleurs spéciale au Crédit foncier et doit s'appliquer à toute espèce de société.

Il ne paraît guère douteux que même au cas où ces titres rachetés par la société, auraient continué à figurer au bilan de la circulation, sans former un compte à part, les droits de timbre n'auraient pu être valablement encaissés.

Le décret du 17 juillet 1857 (art. 5) dispose, en effet, que le droit est perçu d'après l'état fourni par la société des obligations *existantes*. Or nous avons vu que, même dans ce cas, ces titres sont éteints juridiquement : le fait de les inscrire au bilan de l'actif ne peut leur rendre une vie qu'ils n'ont plus.

1. Cf. Wahl, *Traité de droit fiscal*, t. III, n° 195.

En résumé, l'abonnement perçu annuellement cesse d'être exigible quand le titre de son côté cesse d'exister. Il nous faut toutefois rappeler que même parmi les auteurs qui admettent qu'il se produit une confusion de droit dans le cas de rachat des obligations, l'accord n'est pas absolu quant à leur extinction. Certains ne voient dans cette confusion qu'une impossibilité de fait qui ne permet plus au droit de s'exercer, une faculté d'agir en justice subitement paralysée : d'après eux la taxe d'abonnement devrait continuer à courir (1). Sans revenir sur les arguments que nous avons fait valoir contre cette théorie, ne suffit-il point de faire remarquer qu'il serait particulièrement injuste de faire supporter l'impôt à un titre qui serait sans valeur entre les mains de son possesseur ; l'impôt du timbre ne frappe-t-il pas les actes pour le bénéfice qu'on en peut retirer ?

Comment dès lors exiger l'impôt du timbre pour des obligations qui sont sans créanciers, puisqu'elles n'ont point été souscrites ou ont été retirées de la circulation.

La Cour de cassation a jugé que ce serait abusif et a condamné cette prétention dans l'arrêt du 6 mars 1895. Il y est dit : « La condition d'exigibilité du droit établi par l'article susvisé (art. 27, loi du 5 juin 1850)

1. Naquet. *Traité des droits de timbre*, p. 395.

n'est pas réalisée et en décidant le contraire, le jugement attaqué a violé ledit article » (1).

Nous concluons avec la Cour qu'il faut, pour exiger le droit de timbre, que le titre ait été délivré à un tiers déterminé envers lequel la société aura contracté un engagement.

II. — *Impôt de transmission et taxe de circulation*

Le droit de transmission vise chacune des mutations à titre onéreux entre vifs dont les actions et les obligations peuvent être l'objet.

Mais pour atteindre ce but, le législateur a dû distinguer deux catégories de titres, qu'il a cherché à frapper par deux voies différentes. « La première comprend les titres nominatifs dont la cession ne peut s'opérer que par un transfert sur les registres de la société et rend exigible aujourd'hui un droit de 0, 50 0/0 de leur valeur négociée (cours moyen de la Bourse la veille du jour de l'opération) (art. 6-8, loi du 23 juin 1857 ; art. 11, loi du 16 sept. 1871 ; art. 3, loi du 29 juin 1872). La seconde embrasse les titres au porteur et tous ceux dont la transmission peut avoir lieu sans un transfert et pour lesquels le droit

1. D. 1895. 1. 265.

est converti en une taxe annuelle et obligatoire (1) », seul mode de prélèvement possible pour ces titres dont on ne peut saisir directement la transmission. Cette taxe, plusieurs fois augmentée, s'élève à 0 fr. 20 par 100 francs et par an du montant de la valeur moyenne des titres à la Bourse de Paris pendant l'année précédente (art. 6, loi du 23 juin 1857 et art. 3, loi du 29 juin 1872).

Elle est avancée par chaque société qui la recouvre sur les actionnaires et les obligataires au moyen d'une retenue opérée sur les dividendes ou les intérêts qui leur sont dus (art. 7, loi du 23 juin 1857). Comme le fait remarquer M. Wahl, cette taxe donne à l'impôt de transmission le caractère d'un impôt direct substitué à un impôt indirect. L'idée qui a guidé le législateur est pourtant, sans nul doute, de prélever un droit sur chacune des négociations d'un titre ; il ne s'agit plus, comme avec l'impôt du timbre, d'atteindre l'écrit même qui constate le droit, mais de taxer le commerce et l'échange des valeurs de Bourse.

Seulement ces opérations, en ce qui concerne les titres au porteur si aisément transmissibles de la main à la main, échappent forcément à tout contrôle. L'impôt ne pouvant alors s'appliquer à la transmission effective, comme dans le cas de titres nominatifs

1. Note de M. Naquet sous Cass., 10 juillet 1888 et 15 janv. 1890. S. 90. 1. 129 cité par Bezard. *Falgas. Tr. du Contentieux des Transferts*, p. 92, 396 et suiv.

qui obligent à un transfert sur les registres de la société, on a dû les frapper pour leur circulabilité. Mais pour pouvoir circuler, il faut d'abord exister ; d'où la conséquence, d'ailleurs exprimée par la loi de 1857 et par le décret, que les titres *émis*, les titres existants sont seuls passibles de l'impôt (1).

A nouveau se pose la question de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression *titres émis*, en l'envisageant cette fois au point de vue de la loi du 23 juin 1857.

Nous trouvons des arrêts qui décident que la taxe est exigible comme forfait, par cela seul que les titres existent et peuvent être transmis (Cass. civ., 6 avril 1870. S. 70, 1. 273. — Req., 19 juillet 1875. D. P. 75. 1. 462). Un jugement du tribunal de la Seine du 11 juillet 1874 dit également que la loi atteignant dans les titres, par une taxe annuelle et à forfait, non la circulation effectuée, mais la faculté de circuler inhérente à leur nature, la dite taxe est due dès que leur existence juridique est constatée (2).

La jurisprudence n'a point tort de faire remarquer que le titre est atteint pour la possibilité qu'il a de circuler et non pour sa circulation réelle. Mais cette faculté de passer de mains en mains avec ses attributs et ses avantages, ne peut certainement pas exister

1. Garnier. *Rép. Gén. de l'Enregist.*, 7^e éd., Droit de transmission, n° 26.

2. *Rép. Pér.*, 4125.

pour un titre qui n'aurait pas été l'objet d'une émission régulière.

Peut-on dire que les titres circulent, lorsque, achevés ou inachevés, ils passent par exemple des presses de l'imprimeur aux mains des agents de la société ou sont remis pour la signature à l'un des administrateurs ?

La taxe annuelle, comme d'ailleurs le droit de transfert, ne peut donc être établie sur les titres qu'à partir du jour où ils sont susceptibles d'être transmis.

S'il faut qu'ils existent matériellement, ils doivent en outre avoir été souscrits ou du moins conférer des droits à des tiers.

La taxe de circulation étant payable par trimestre, tous les titres au porteur qui ont été l'objet d'une souscription au dernier jour de chaque trimestre, sont seuls passibles de cette taxe. Il faut que les titres soient entre les mains des tiers, pour qu'elle leur soit applicable. Aussi longtemps que la société les garde en sa possession, il ne peut s'agir de circulation à leur égard. Cela n'est point douteux, et la preuve en est dans le fait que la souscription elle-même qui fait passer le titre des mains de la société dans celles d'un tiers, n'est point considérée comme une mutation et n'entraîne point le paiement des droits de transmission. Il y a naissance de propriété, il n'y a pas transfert de propriété.

On s'est demandé si, en ce qui concerne les actions,

la taxe n'était point due dès la constitution de la société, avant même que les titres aient été détachés de la souche ou même existent matériellement. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 avril 1867 semble confirmer cette interprétation. En voici les termes : « La loi ne fait aucune distinction entre les actions détachées du registre à souche de la société et celles qui y seraient encore adhérentes : la taxe court du jour où la société est constituée » (1)

Il semble pourtant qu'il soit au moins nécessaire que les titres existent matériellement. Comment prétendre, en effet, comme le dit fort bien M. Garnier, qu'une société, du moment où ses statuts prévoient la création de titres au porteur, doit la taxe annuelle à partir du jour où elle est constituée, alors même que rien ne révélerait à l'administration l'existence de titres passibles de la taxe. La première condition de l'exigibilité de la taxe est donc que les titres soient créés (2).

C'est d'ailleurs ce que reconnaît un jugement du tribunal de Rouen du 7 décembre 1886 : « Attendu que la négociation suppose nécessairement l'existence d'un titre ; que par suite le droit n'est dû que si la valeur a pu être négociée » (3).

1. D. 67. 1. 310 ; S. 67. 1. 265.

2. Garnier. *Rép. gén. de l'enregistrement*. Droit de transmission, n° 26.

3. *Rép. gén. de l'enregistrement*, n° 7213 et R. G. Droit de transmission, 26.

C'est bien là que se trouve la justification de la taxe. Aussi, le fait qu'un titre est resté attaché à la souche ne doit pas suffire à l'exempter. Ce titre, en effet, est transmissible : il existe matériellement, il suffira qu'il ait un propriétaire désigné qui pourra l'aliéner, en conférant à un tiers le droit de le retirer des caisses de la société.

Le titre qui se trouve à la disposition des ayants-droit, et qui vit d'une existence utile, doit acquitter l'impôt. Car, si dans ce cas, il n'y a pas de circulation possible, la circulabilité doit suffire à le rendre passible de la taxe.

Mais il ne saurait en être de même si le titre resté à la souche, n'a point de propriétaire autre que la société elle-même, c'est-à-dire s'il n'a pas été souscrit, mais simplement inscrit à l'un des services sociaux. Dans ce cas, le titre n'a plus, en effet, le pouvoir de circulabilité que visait seul le législateur, comme cela ressort très nettement du rapport de M. Alfred Leroux à la commission de 1857. L'exemption ne peut avoir lieu que pour les titres qui n'ont point de bénéficiaire. Il existe, il est vrai, quelques rares auteurs qui ne sont point de cet avis (1).

Cependant, il n'est pas douteux que la taxe n'est due que du jour où la transmission est possible :

1. Cf. Naquet. *Traité des droits d'enregistrement*, 1899, t. II, p. 130 et suiv.

l'administration elle-même a dû reconnaître qu'elle n'était point due pour les actions d'apport pendant les deux ans que celles-ci doivent rester attachées à la souche et ne peuvent être négociées (1).

Dans la majeure partie des cas, la taxe de circulation suit pour son application le droit d'abonnement au timbre. Aussi la question de l'extinction juridique des obligations doit entraîner ici les mêmes conséquences, et nous n'aurions qu'à répéter ce qui a été dit précédemment. L'arrêt du 6 mars 1895 n'a pas eu à s'en occuper parce que les titres dont il s'agissait étaient nominatifs ; ils n'avaient donc point à acquitter la taxe de circulation.

En cas de nantissement d'obligations non souscrites, cette taxe, pour les mêmes raisons, est due comme celle du timbre.

A cette exception près, la règle générale établie par la loi du 23 juin 1857 n'est point douteuse : c'est le fait de l'émission des titres qui rend l'impôt exigible. Pour qu'il soit dû, il faut que les titres confèrent des droits à des tiers, et réciproquement ils ne le doivent plus, lorsqu'ils ne confèrent plus de droits à des tiers, dans le cas, par exemple, où la société amortit ses titres (trib. de la Seine, 22 juillet 1881), lorsqu'elle les affecte à des caisses spéciales dépourvues de per-

1. Solution de l'administration du 4 sept. 1895. *Répert. pér.*, n° 8771.

sonnalité, ou qu'elle les rachète avec l'intention de les remettre en circulation (trib. de la Seine, 17 nov. 1893. *Revue enreg.*, n° 736)(1). Dans son rapport, sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 19 juillet 1875, M. le conseiller Tardif a reconnu que « toute exemption du droit de timbre accordée à un titre et fondée sur ce que ce titre n'a pas commencé ou a cessé son existence, entraîne une exemption correspondante de la taxe annuelle de transmission (2). »

Il faudra donc arrêter la perception dès le jour où le titre, enlevé à la circulation, retournera entre les mains de la société qui a fait l'émission ou d'un service administré par elle. La régie ne voulait accepter cette solution que pour le cas où les titres sont remboursés et annulés. Elle refusait au contraire toute exemption quand l'existence matérielle n'avait pas pris fin. Cette prétention fut rejetée par le tribunal de la Seine dans son jugement du 17 nov. 1893 (3).

Antérieurement d'ailleurs, il avait été reconnu que le fait d'enlever à un titre son droit de circulation, devait supprimer la perception de la taxe annuelle. Il s'agissait en l'espèce des actions et des obligations sociales, émises sous la forme au porteur, déposées comme cautionnement dans les caisses de la société

1. Cf. Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, t. I, p. 292 et suiv.

2. S. 1876. I. 39. P. 1876.62.

3. *Revue de l'enregistrement*, n° 736.

par les administrateurs et déclarées par le fait inaliénables. L'administration, s'inclinant devant le jugement du 11 juin 1861, rendu par le tribunal de Cognac (1), les avait exonérées de la taxe annuelle.

Remarquons que depuis la loi du 24 juillet 1867, ces actions devant être nominatives (article 26) il n'y a plus lieu d'appliquer ce jugement.

Une situation qui se rapproche également de celle des obligations conservées en portefeuille par les sociétés, est la situation des titres souscrits par les départements ou les communes en représentation de leurs emprunts et conservés par la Caisse des Dépôts et Consignations. Ces titres n'acquittent point la taxe de circulation, pourvu qu'ils soient déposés dans une Caisse à part et qu'il en soit fait mention à l'enregistrement (2).

Dans ces deux cas cependant les obligations ont été émises et souscrites et c'est seulement l'empêchement de circuler dont elles sont frappées, qui les affranchit de l'impôt.

La situation des obligations des sociétés conservées en portefeuille est donc particulièrement favorable pour l'exonération de l'impôt de circulation ; puisque, même des titres émis et souscrits payant par le fait

1. *Rép. pér. de l'enregistrement*, n° 1571.

2. V. Primot, *Dictionn. des Rédacteurs*, suppl. aux mots actions et obligations, 316. Instruction générale du 23 déc. 1871, n° 2430.

même l'impôt du timbre, peuvent être exemptés de celui de transmission, du jour où ils sont privés de la faculté de circuler.

Ces obligations juridiquement inexistantes ne doivent pas la taxe. Il ne semble même guère possible de soutenir qu'elles la devraient au moins pour la portion de trimestre pendant laquelle elles ont encore circulé, avant de rentrer dans les coffres sociaux.

On sait en effet que les sociétés sont tenues d'avancer au Trésor, dans les vingt premiers jours de chaque trimestre, la taxe calculée d'après le nombre de titres *existant au dernier jour* du trimestre précédent (art. 5 du décret du 17 juillet 1857).

L'état trimestriel fourni par la société ne pourra donc comprendre les obligations qui se seront éteintes au cours du trimestre. Le texte est trop formel, pour qu'il soit possible de réclamer, comme le prétendait l'administration, la portion de la taxe afférente au laps de temps du trimestre pendant lequel le titre avait été aux mains des tiers.

Ces titres n'existant plus à la fin du trimestre, n'ont pas à figurer sur l'état fourni pour ledit trimestre et aucun prorata ne peut être perçu sur eux par le Trésor. C'est ce qu'a reconnu le tribunal de Lyon dans un jugement du 27 juin 1888 rendu à propos d'un emprunt communal entièrement remboursé au cours d'un trimestre (1).

1. *Journal de l'enregistrement*, 22282.

Si les obligations non souscrites par des tiers ou rentrées en portefeuille par la société, n'ont pas à acquitter la taxe annuelle, il convient également d'ajouter qu'elles ne doivent pas davantage l'impôt de transmission de 0 fr. 50 par 100 francs.

Les compagnies qui avaient cru utile, en portant ces titres au compte de leur caisse des Retraites ou de leurs Réserves, d'opérer une mutation et de payer ces droits à cette occasion, avaient agi à tort. Croyant avoir affaire à des obligations véritables, elles pensaient qu'il était plus avantageux qu'elles fussent nominatives ; elles oublièrent que ces titres, sans valeur juridique, ne peuvent être l'objet d'une conversion réelle du porteur au nominatif pas plus que d'un transfert au cas où ils passent de l'une des caisses à une autre caisse. L'immatriculation perd d'ailleurs sa principale raison d'être, puisque ces titres ne doivent pas payer la taxe de circulation.

Lorsque les compagnies se furent aperçu de leur erreur, elles modifièrent leur façon de faire : elles se contentent aujourd'hui de réunir en paquets, en liasses les titres au porteur destinés à ces caisses sans qu'il soit établi aucun certificat nominatif.

La Compagnie de Lyon avait même cru devoir réclamer au Trésor les impôts de transmission indûment payés, nonobstant la prescription. Elle appuyait sa prétention sur la possibilité d'une compensation entre les droits perçus à tort et les droits dus par

elle trimestriellement à l'Etat, compensation qui, reportée tacitement à chaque versement de la compagnie, devait empêcher la prescription de courir. Le tribunal de la Seine dans son jugement du 30 juin 1899 a refusé d'entrer dans cette voie, pour les impôts de transmission, en faisant valoir principalement que les défenses d'une loi budgétaire sont d'ordre public. La Cour a confirmé ce jugement par un arrêt de la Chambre civile du 6 mars 1906. (*Journal de l'Enregt.*, art. 27053).

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 mai 1907 (*Gazette des tribunaux* du 13 mai 1907), vient également d'admettre le pourvoi de l'enregistrement au sujet d'un procès analogue concernant la Compagnie de l'Ouest.

III. — *Impôt sur le revenu et taxe sur la prime de remboursement et sur les lots*

Nous réunissons ces deux impôts sous le même paragraphe, car la taxe sur les primes n'est que le complément naturel de l'impôt sur le revenu ; les primes et les lots ne sont en effet qu'un revenu accumulé, qui vient d'ailleurs compenser la réduction de l'intérêt annuel consentie par le capital. C'est à une même source que l'Etat vient puiser ; ce qu'il veut frapper dans l'un et l'autre cas, c'est le bénéfice procuré par le capital.

Nous pourrions donc nous dispenser de répéter pour les primes ce que nous aurons dit pour le revenu.

L'impôt sur le revenu a été établi par la loi du 29 juin 1872 qui, dans son article 3, le fixait à 3 o/o par an. L'article 4 de la loi du 26 décembre 1890 l'a élevé à 4 o/o.

C'est seulement par une loi du 21 juin 1875 suivi d'un décret des 15-16 décembre 1875 que la prime de remboursement, c'est-à-dire l'écart entre le prix moyen d'émission et le taux de remboursement, fut astreinte à l'impôt. L'article 4 de la loi du 26 décembre 1890 le porta comme pour le revenu à 4 o/o. La loi de finance du 25 février 1901 établit par son article 20 une différence entre les primes et les lots. Le tarif fut élevé à 8 o/o pour ces derniers.

Par ces diverses lois, le législateur a voulu atteindre le bénéfice réalisé par un tiers, qui a mis son capital dans une société ou dans un emprunt. L'article 1 de la loi de 1872 dit en effet : « L'impôt frappe les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions et les intérêts, produits et bénéfices annuels des autres parts sociales, ainsi que les arrérages et intérêts annuels des emprunts et obligations des départements, communes et établissements publics, ainsi que des sociétés, compagnies et entreprises financières, industrielles, communales et civiles. »

« La *distribution* est le fait générateur de l'impôt » (art. 2, n^o 2). M. Wahl la définit avec la jurisprudence,

l'opération par laquelle une société fait sortir une valeur du patrimoine social pour la faire entrer dans le patrimoine individuel des actionnaires (Cass., 28 mai 1884. D. 84. 1. 465. — Cass., 13 mars 1895. S. 95. 1. 513. — Cass. req., 24 juillet 1899. S. 1900. 1. 145)(1) ou des obligataires.

La solution de l'enregistrement du 30 juin 1886 n'est pas moins catégorique : « Pour que la taxe 3 o/o, dit l'administration, soit due sur les obligations émises par une compagnie, il ne suffit pas que ces obligations aient une existence juridique, il faut encore qu'elles soient productives d'intérêt au profit des tiers porteurs et que ces intérêts soient distribués. » (2).

Nous retrouvons donc unanimement cette idée qu'il faut que les titres aient une existence utile entre les mains des tiers.

Pour que l'impôt soit dû sur les obligations, il faut en outre qu'il y ait eu emprunt, opération nettement définie par laquelle l'assujetti se procure des fonds dont il doit rembourser le montant (3).

Il a été reconnu par la jurisprudence que la loi de 1872 ne vise pas les dépôts de fonds faits à une société (Cas. civ., 29 oct. 1894. S. 96. 1. 196), par la raison que même si la société alloue un intérêt aux déposants,

1. Wahl, *Traité de droit fiscal*, 1906, t. III, n° 608.

2. Garnier, *Rép. périod. de l'Enregist.*, n° 6755.

3. Wahl, *op. cit.*, t. III, n° 2541.

elle n'a pas contracté un véritable prêt (1). Le fait de distribuer un intérêt ne saurait donc suffire à rendre cette loi applicable.

Aussi n'a-t-elle pas lieu de frapper la part de bénéfice (même qualifiée d'intérêt) que la société peut prélever sur ses recettes pour l'affecter soit au capital de ses réserves proprement dites, soit à tel capital particulier dont elle aurait la jouissance et la gestion, comme par exemple le capital remboursé des obligations du Crédit Foncier, ou le capital destiné à l'entretien de service de la guerre assuré par les compagnies de chemins de fer et dont nous avons parlé au chapitre premier.

Pour que la taxe sur le revenu puisse trouver son application, il faut donc qu'il y ait prêt. Les fonds placés en réserve, pas plus que ceux qui sont remis aux compagnies pour des services particuliers dont elles assurent la charge, ne sont prêtés ou même simplement mis en dépôt. Ils appartiennent en pro-

1. Dans son projet de budget pour 1908, le ministre des Finances voulait étendre l'application de la loi de 1872 aux intérêts des sommes déposées dans les sociétés, compagnies ou entreprises quelconques industrielles ou civiles. Il prévoyait également son extension au cas de distribution de bénéfices faite au profit des personnes participant à l'administration, à la direction et à la gestion des sociétés. Ne convient-il pas de noter que la taxe de 4 o/o devait continuer, même dans ce projet, à n'être pas perçue sur la part des bénéfices portée en réserve ? (*J. off.* du 9 déc. 1907. Ch. des députés, p. 2942.)

pre à chaque société qui n'a de comptes à rendre qu'à elle-même.

D'ailleurs la société ne sert dans ce cas aucun intérêt à des tiers, et l'administration de l'enregistrement a elle-même décidé, à deux reprises, le 8 février et 21 avril 1873, qu'il n'y a de revenus passibles de la taxe que ceux qui sont sortis de la Caisse sociale pour être attribués aux ayants droit.

Le rapporteur de la loi du 28 décembre 1880 (séance du 23 décembre 1880) a fait la déclaration suivante : « En principe, a-t-il dit, la loi de 1872 frappe tous les revenus, tous les bénéfices des sociétés. Cependant, quand ces sociétés mettent à la réserve certains bénéfices, l'impôt n'est pas perçu. Pourquoi ? Parce que la mise en réserve n'est pas une distribution effective et que dans l'esprit de la loi de 1872, c'est le fait de la distribution qui justifie la perception de l'impôt. »

On peut faire remarquer, à l'appui de cette interprétation, que l'article 3 de ladite loi dit que la taxe est « avancée par les sociétés sauf leur recours ». Puisque ce ne sont pas elles qui doivent en définitive supporter l'impôt, (bien qu'elles soient chargées de le percevoir sous leur responsabilité au bénéfice du Trésor) si elles ne se trouvent pas dans les conditions voulues pour récupérer leur avance contre les tiers, la base sur laquelle est assis l'impôt, disparaît.

Il en est absolument de même pour l'application de

la loi de 1875 sur les primes et les lots. Il doit y avoir eu emprunt, et l'impôt ne peut être perçu que sur des sommes payées à des créanciers.

L'article 5 de cette loi dit en effet : « Sont assujettis à la taxe de 3 o/o établie par la loi du 29 juin 1872, les lots et primes de remboursement *payés aux créanciers et aux porteurs d'obligations, effets publics et tous autres titres d'emprunts.* »

Comme dans le cas précédent, l'impôt est avancé par les sociétés, qui se font rembourser par les tiers bénéficiaires des primes et des lots ; or ceci ne peut avoir lieu pour les primes et lots des obligations qui sont affectées aux réserves ou à des services similaires. Dans cette hypothèse, il n'y a pas amortissement au sens juridique du mot, et par suite la société est libre de porter au compte du service intéressé une somme équivalente au montant de l'amortissement supposé, sans aucune déduction d'impôt.

C'est d'ailleurs la solution adoptée par la jurisprudence dans le jugement du 18 juillet 1890 et dans l'arrêt du 6 mars 1895.

Cet arrêt n'est pas moins catégorique en ce qui concerne les obligations affectées aux caisses de retraites ou de prévoyance. Elles ne doivent pas la taxe sur le revenu « attendu, dit-il, que les caisses constituées par la Compagnie des chemins de fer de l'Est n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle de cette compagnie, que, ne pouvant contracter un

emprunt vis-à-vis d'elle-même, celle-ci ne paye pas les intérêts d'un emprunt, quand elle verse les intérêts, les lots et les primes de remboursement de ses obligations aux caisses sus-énoncées auxquelles elles sont attribuées pour ordre dans sa comptabilité. »

Alors même que l'impôt sur le revenu viendrait à être étendu aux sommes mises en dépôt dans les sociétés, il n'en demeurerait pas moins inapplicable dans ce cas : l'argent des caisses des retraites qui n'ont point de personnalité distincte de la société elle-même, ne forme point, nous le savons, un dépôt entre les mains de celle-ci ; c'est une simple réserve spéciale dont la propriété appartient à la société, « ses agents n'ayant sur les fonds des caisses aucun droit réel soit collectif, soit individuel, mais étant seulement créanciers de ladite société, qui est engagée vis-à-vis d'eux dans des conditions déterminées qui constituent un accessoire du contrat de louage d'ouvrage (1).

Il ne suffit pas, comme le prétend M. Primot avec l'administration, pour que l'impôt s'applique aux obligations des caisses des retraites, que celles-ci représentent des intérêts particuliers (1) ; car, si elles ne possèdent point la personnalité morale, les agents n'ont

1. Arrêt du 6 mars 1875. D. 1895. 1. 265.

1. Primot. *Traité théorique et pratique des taxes fiscales*. Impôt sur le revenu, n° 843. — Solution du 30 juin 1886. — Garnier, n° 6755.

point de droit sur ces caisses pas plus que sur les obligations qui en composent le fonds, ils n'ont qu'un recours contre la société.

Aussi est-ce avec raison que la jurisprudence a rejeté la distinction que l'administration cherchait à établir entre les titres attribués à des services qui se confondent entièrement avec ceux de la société (réserves statutaires et extraordinaires), et les titres attribués à des services constitués pour représenter des intérêts particuliers et distincts de ceux de la société (caisse des retraites et de prévoyance). S'il est légitime de reconnaître, que, dans le premier cas, les obligations, fussent-elles productives d'intérêt, il n'y a pas de distribution, parce qu'il n'y a pas de tiers créancier, il ne peut en être différemment dans le cas des caisses des retraites. En versant les intérêts des obligations à ces caisses, la société n'opère pas davantage une distribution : car ce n'est point, comme le prétend l'administration pour se libérer d'une dette que la société agit de la sorte, mais uniquement pour répartir à l'un de ses services, dans des conditions qu'elle juge les meilleures, une portion de son actif social. Il ne peut y avoir eu distribution, puisque la société n'a pu faire passer les intérêts, du patrimoine social dans l'avoir personnel des caisses qui sont sans personnalité civile.

D'ailleurs, même si ces services avaient une personnalité, il n'en resterait pas moins que ces obliga-

tions ne seraient point remises comme titres d'un emprunt contracté par la société, mais pour l'exécution d'une promesse de subvention connexe à un contrat de louage d'ouvrage ou s'il s'agit d'une fondation faite par un tiers en faveur des employés, pour l'exécution de l'engagement pris envers ce tiers.

Il s'agit si peu d'un emprunt, que ces obligations peuvent être portées en compte aux caisses des retraites ou de prévoyance, sans qu'il y ait forcément avance de fonds correspondante, faite par ces services à la société.

Aucune des obligations ou actions d'une société conservées, à quelque titre que ce soit, dans le portefeuille de cette société, n'a donc à acquitter l'un quelconque des impôts qui frappent les valeurs mobilières. Elles n'ont pas à figurer sur les états fournis à l'administration pour justifier des sommes qui lui sont dues.

CONCLUSION

Avant de clore cette étude, je voudrais en résumer les parties essentielles et en tirer les déductions qu'elle comporte.

Nous avons vu que toute société avait le droit d'acheter les titres qu'elle avait émis : ce principe, sans restriction s'il s'agit d'obligations, ne peut au contraire être admis pour les actions qu'à la condition de ne pas amoindrir le capital social, gage intangible des tiers créanciers.

Ces titres rachetés peuvent fort bien ne pas être annulés. La société dont le but n'est pas toujours de diminuer sa dette, est libre de les conserver en portefeuille : dans ce cas, pour servir en particulier de placement aux fonds disponibles de ses caisses des retraites ou de ses réserves, elle les attribue à l'un de ces services qui dépendent d'elle directement et n'ont point de personnalité civile.

Souvent même elle prélève simplement pour cet emploi, un certain nombre d'obligations sur son stock à émettre.

Tous ces titres, qui d'ordinaire ne sont point mar-

qués d'un signe distinctif, pourront ultérieurement être rendus à la circulation. C'est ce qui aura lieu fréquemment avec la Société du Crédit Foncier : cet établissement, contraint pour conserver l'équilibre entre ses prêts et ses lettres de gage, de retirer du marché une partie des obligations émises, pourra en effet être forcé, dans le même but, de les remettre de nouveau en circulation.

Mais tant que la société détient ces titres pour son propre compte, elle s'en trouve être à la fois créancière et débitrice, et ces deux qualités réunies sur la même personne produisent alors une confusion qui éteint l'obligation.

Leur survivance matérielle ne change rien au droit : la société pourrait les détruire, tout en continuant à les porter sur ses écritures. Ce n'est plus pour elle qu'une forme commode de comptabilité, une façon particulière d'inscrire des fonds appartenant à l'entreprise et auxquels elle veut attribuer un intérêt normal identique à celui offert aux détenteurs d'obligations. Mais il n'existe plus de tiers créancier et la société n'est liée vis-à-vis de personne.

Ces conclusions ne sont évidentes que si l'on donne pour base de la valeur du titre négociable des sociétés, le *contrat* de prêt d'argent : lui seul doit être la source de l'obligation, l'origine du lien qui engage la société. Ce sont les principes admis le plus généralement en France : il n'y a point dans notre droit

de différence de nature entre la créance ordinaire prévue au Code civil et le titre au porteur. Les formes seules ont été simplifiées pour permettre à ce dernier d'être transmis plus facilement.

En Allemagne, au contraire, on a tenté de trouver ailleurs l'origine du titre au porteur. On n'a voulu songer qu'aux avantages qu'il procurait sans formalités, par sa seule possession, et on a perdu de vue les obligations qu'il impose.

On voudrait n'y voir qu'un bien corporel dont on peut jouir directement, et non une créance dont il faut réclamer l'exécution.

Pour les Allemands, il n'y a plus deux personnes engagées à des conditions réciproques, il n'y a plus de contrat, mais un engagement unilatéral émanant de la société qui crée le titre ; quand ce n'est pas, comme pour quelques théoriciens, le titre au porteur lui-même qui devient créancier, le possesseur du titre n'étant plus que le représentant, le mandataire de ce titre.

De semblables théories conduisent à admettre qu'il peut y avoir un débiteur sans créancier et aboutissent à des conséquences parfaitement déraisonnables. En cherchant à ignorer que le titre au porteur a pour base unique le contrat, en voulant lui donner une valeur propre en dehors des personnes, on aboutit à des absurdités : par exemple la simple impression d'un papier pourra créer une valeur sans

que la volonté de quiconque l'ait voulu et même contre cette volonté.

Un moment trompé par ces audacieuses théories, l'esprit français ne tarda pas à reculer devant ces déductions inévitables. On retrouve les traces de cette double évolution dans la jurisprudence qui concerne notre matière : les apparences extérieures d'un titre qui semble avoir tous les privilèges du titre au porteur régulièrement émis, lui font d'abord perdre de vue l'origine de sa valeur : le contrat est oublié, elle croit voir en lui un bien corporel. C'est le jugement du tribunal civil de la Seine du 18 juillet 1890.

Mais l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 6 mars 1895, n'a point de peine, en s'appuyant sur les principes, à montrer dans quelle voie fausse on s'est engagé.

Depuis cet arrêt, la doctrine comme la jurisprudence, ont continué à voir uniquement, dans le titre au porteur, la représentation d'un contrat primitif, où interviennent à la fois un débiteur et un créancier. Lorsque l'un des deux disparaît, comme dans notre cas, le titre lui-même perd tout sa valeur et n'est plus qu'un simple morceau de papier, car l'existence juridique d'un titre au porteur ne peut survivre à la créance qu'il représente.

La confusion ayant eu ce résultat pour les titres rentrés en la possession d'une société, la régie est

mal venue à réclamer des droits pour ces titres. Si, pendant un certain temps, les sociétés les ont acquittés, c'était par une erreur manifeste,

L'Etat, frappé du développement constant de la fortune publique sous la forme de valeurs mobilières, avait cherché très vite à atteindre celles-ci pour leur faire supporter une part des charges générales. Dès 1850, la loi assujettit au droit de timbre les titres d'actions ou d'obligations des sociétés financières ; c'est ensuite la loi du 23 juin 1857 qui leur impose un droit de transmission ; puis la loi du 29 juin 1872 et du 21 juin 1875 qui visent directement le revenu et les primes de remboursement. Toutes ces lois n'ont qu'un but, atteindre le capital représenté par le titre de crédit, qui constate la somme fournie à l'entreprise. Ce capital n'est imposé qu'en raison du bénéfice qu'il doit procurer.

Le titre pour supporter ces différents impôts, doit donc être la représentation d'un acte qui engage une somme d'argent en vue d'un bénéfice éventuel.

Il est la preuve du lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur dans des conditions déterminées.

Dès lors, il n'y a pas lieu de l'imposer, s'il ne remplit plus ce rôle. Le titre qui n'a pas été souscrit, c'est-à-dire qui n'est pas devenu la propriété d'un tiers, ou qui, ayant été souscrit, a été racheté par la société

qui l'avait émis, ne peut plus représenter aucun engagement intervenu entre deux personnes, puisque l'une des deux, le créancier, fait défaut ; il ne représente d'ailleurs aucun capital fourni et ne peut par conséquent prétendre à aucun revenu.

C'est un morceau de papier qu'on ne peut imposer ; juridiquement ce titre au porteur, qui n'a pas de souscripteur, est inexistant. La société qui le conserve dans ses caisses, en le portant sur ses livres de comptabilité, ne peut pour cela en changer le caractère. L'attribution de sommes correspondant aux coupons ne crée pas de bénéficiaire, puisque c'est le débiteur qui se paye à lui-même un revenu.

Suivant l'heureuse expression de M^e Devin, ces titres ne sont plus que des symboles inoffensifs d'obligations.

Vu : Le Président de la thèse
LYON-CAEN

Vu : le Doyen :
LYON CEAN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — <i>Pourquoi cette étude? — Les faits.</i> — Possibilité pour une société d'acheter ses propres obligations et de les conserver en portefeuille. — <i>Quid</i> pour les actions? — Diverses causes de cet achat. — Affectation de ces titres à des services dépendant directement de la société : caisses des retraites ou de prévoyance, réserves, etc. — Obligations du Crédit Foncier.....	12
CHAPITRE II. — <i>Le Droit.</i> — Conséquences juridiques du rachat sans annulation. — Confusion. Ses effets. — Peut-elle avoir lieu pour les actions? — Etude succincte du titre au porteur. — Théories allemandes. — Titres remis en nantissement. — Assemblées d'obligataires.....	41
CHAPITRE III. — <i>Le fisc.</i> — Intérêts, primes et lots versés aux obligations en portefeuille. — Impôt du timbre. — Impôt de transmission et taxe de circulation. — Impôt sur le revenu et taxe sur la prime de remboursement et sur les lots.....	87
CONCLUSION	124



